L

S. C. MON
HENRY S
Montreal
ROBERT M
ALEXAND
S. BETHUN
GEDEON C
P. R. LAFR
Professor

PRINTED A

THE

LOWER CANADA

Jurist.

COLLECTION DE DECISIONS

DU

BAS-CANADA.

VOL. I.

Edited by:

S. C. MONK, Q. C
HENRY STUART, *Advocate, Batonnier, Montreal Section, Bar of Lower Canada.*
ROBERT MACKAY, *Advocate.*
ALEXANDER CROSS, "
S. BETHUNE, "
GEDEON OUIMET, "
P. R. LAFRENAYE, B. C. L., *Advocate, Professor of Law, McGill College.*
J. J. C. ABBOTT, B. C. L., *Advocate, Dean of Law Faculty, Professor of Law, McGill College.*
F. W. TORRANCE, M.A., B.C.L., *Advocate, Professor of Law, McGill College.*
P. CASSIDY, *Advocate.*
R. LAFLAMME, B. C. L., *Advocate, Professor of Law, McGill College.*
T. K. RAMSAY, *Advocate.*

THE INDICES

BY S. BETHUNE.

Montreal:
PRINTED AND PUBLISHED FOR THE PROPRIETORS BY JOHN LOVELL,
CANADA DIRECTORY OFFICE, ST. NICHOLAS STREET.
1857.

U. W. O. LAW

DEC 12 1961

Preface to the
Report of Co
Montreal,
Index to Case
Reports of Ca
A View of the
of Canada
Rules of Privy
Index to princi

TABLE OF CONTENTS.

Preface to the First Volume 5

Report of Committee of the Bar of Lower Canada, Section of the District of Montreal, May 30th, 1855 9

Index to Cases 13

Reports of Cases ..... 1-~~344~~ 324

A View of the Civil Government and Administration of Justice in the Province of Canada while it was subject to the Crown of France 1-48

Rules of Privy Council; Regulæ Generales, Court of Queen's Bench 1-4

Index to principal Matters in Reports ..... i-xvi.

Errata.

U. W. O. LAW

P

The Edit
their moti

The ob
public a p
nounced b
Canada.
reports of
the most
common l
resting up
A solemn
becomes a
dence whic
the judges
unreversed,
or misappli
stability of
those who
confidence t

Such, the
countries, th
its jurisprud
the not infre
it indispensa
record of the
should be pr

Prior to 1
so great a bo
of the decisio
although alm
many years

* Kent.

PREFACE TO THE FIRST VOLUME.

The Editors think it right to place of record an explanation of their motives in originating The Lower Canada Jurist.

The object has mainly been to supply to the profession and the public a periodical publication of the most interesting decisions pronounced by the Courts having jurisdiction in civil matters in Lower Canada. It has been well observed by high authority,* that the reports of judicial decisions contain the most certain evidence, and the most authoritative and precise application of the rules of the common law. Adjudged cases become precedents for future cases resting upon analogous facts, and brought within the same reason. A solemn decision upon a point of law arising in any given case, becomes an authority in a like case, because it is the highest evidence which we can have of the law applicable to the subject; and the judges are bound to follow that decision so long as it stands unreversed, unless it can be shown that the law was misunderstood or misapplied in that particular case. It is by the notoriety and stability of such rules that professional men can give safe advice to those who consult them; and people in general can venture with confidence to buy and trust, and to deal with each other.

Such, then, being the importance of law reports in all civilized countries, they have a special value in Lower Canada, which derives its jurisprudence as well from France as from England, and in which the not infrequent conflict between opposite systems of law, renders it indispensable for the fixing of the jurisprudence that a faithful record of the decisions of the Courts and the reasoning of the Judges should be preserved and published in the country.

Prior to 1850, nothing had been done by the Legislature to secure so great a boon. Although Upper Canada had had periodical reports of the decisions of her tribunals for nearly twenty years before, and although almost every State of the American Union had had for many years its official reporter of such decisions, yet in Lower

* Kent.

U. W. O. Law

Canada we could not in 1850 name more than four volumes, moderate in size recording decisions of the Courts. (1)

Our first, and indeed only legislation on the subject, is to be found in the Act 13 and 14 Vict. cap. 37, which enacts, sec. 13, that out of a special fund "a reasonable sum may from time to time be taken and applied (according to such regulations as shall be from time to time made by the Governor) to defray the expense of compiling and publishing the decisions of the tribunals of Lower Canada, and to the payment of a fit salary to such person or persons as the Governor may from time to time entrust with the said compilation and publication, which persons shall conform to such instructions as may from time to time be given to them by order of the Governor." It is important to add, that a subsequent section created a tax of five dollars per annum to be levied on all the judges, clerks of courts, sheriffs, and practising advocates in Lower Canada, for defraying the expenses of the publication of these decisions.

This Act was put into force by the appointment of reporters resident in Quebec, where the reports were published, with co-editors resident in Montreal. The latter had no control whatever over the publication, but only supplied matter.

The operation of the law did not give satisfaction. The law was defective in not providing for the revision by the Judges of the reported cases before publication, and the reports had accordingly no authority with the Courts. It was also complained, that the publication was only at great and irregular intervals; and the Montreal bar complained, that very few of the decisions of their Courts appeared at all in the publication.

A Committee of that Bar was accordingly named on the 14th February 1855, consisting of Messrs. C. S. Cherrier, Q.C., R. Mackay, J. A. Berthelot, S. Bethune, and F. W. Torrance, to report on the subject and suggest amendments in the law.

This committee unanimously reported, and made the following suggestions:—

(1) We refer here to Stuart's Reports, 1 vol., and the *Revue de Legislation*, 3 vols. The former is much esteemed by the profession, and the latter has also considerable value, from some important decisions reported in it, though the publication embraced likewise essays, &c., on legal topics, and was not therefore altogether a publication of Law Reports. We have not alluded though perhaps we should to Pyke's Reports, a thin volume of 77 pages; for it is entirely out of print, and a copy is seldom to be seen.

"That there be a separate Reporter and Assistant Reporter in each of the Districts of Quebec and Montreal, and that separate Reports be published in each such District.

"That the selection and removal from office from time to time of such Reporters and their Assistants be left to the decision of the judges of the Court of Queen's Bench and of the Superior Court.

"It shall be the duty of each of such Reporters and their Assistants respectively to report as well the substance of such of the oral decisions of the courts in the district to which it shall belong as shall be of general importance, as to report also such decisions as may be delivered in writing; and it shall further be his duty, without any unnecessary delay, to cause such reports to be fairly entered in a book, and to submit the same for the inspection and approval of the judge pronouncing the judgment of the court, and, in case of dissent, for the inspection and approval also of the dissenting judge; such reports, after due examination and correction, to be signed by such judge and dissentient judge, or, in case of absence or sickness, by some other member of the court." *

The Montreal Bar adopted the Report of their Committee, and their suggestions were represented to the Government with a view to induce a reform, but without success.

Matters did not improve with time, and, during the sitting of the Seigniorial Court in 1856 and during several months afterwards, the publication of law reports was entirely suspended, producing universal discontent in the profession of the Bar, who notwithstanding continued to be taxed every year for the publication of the decisions of the Courts, in the terms of the above-mentioned Act.

Finally, in the close of 1856, the Editors united to endeavor to supply the want which was universally felt by the Bench and the Bar of an efficient system of reports of legal decisions, and the result has been the first volume of THE LOWER CANADA JURIST. †

* The principle of this suggestion has been incorporated into the law of Upper Canada providing for the publication of Law Reports. Vide 18 Vic. cap. 128, § 3.

† It is due to T. K. Ramsay, Esq., to state that the proposal to start the Jurist originated with him. To him is also due the publication of the "Law Reporter," a periodical which he conducted conjointly with L. S. Morin, Esq., Advocate, to supply the absence of proper law reports, but which was discontinued after an existence of nearly a year for want of adequate support.

U. W. O. Law

The undertaking of the Editors was to supply, monthly, 28 pages of matter, in the shape either of reports of cases decided, or of essays and other publications of interest to the readers of the Jurist; being 336 pages to the volume. The subscribers have in fact received 376 pages, being 40 pages beyond the undertaking. In the volume finished, there are reported 159 cases, which have been decided in the Courts of original jurisdiction and in the Appeal Court; and some of the decisions have settled points of very great importance. These reports have been contributed by the following members of the Bar, all resident in Montreal, most of the reported cases being subscribed with the initial letters of the name of the contributor as below:—

Robert Mackay,	R. M.	J. Doutre,	J. D.	T. A. R. Laflamme, B. L.	
S. Bethune,	S. B.	J. J. C. Abbott,	J. J. C. A.	V. P. W. Dorion,	V. P. W. D.
Gideon Ouimet,	G. O.	F. W. Torrance,	F. W. T.	T. K. Ramsay,	T. K. R.
P. M. Lafrenaye,	P. R. L.	F. Cassidy,	F. C.	A. H. Lunn,	A. H. L.
A. Herbert,	A. H.				

The Editors in this publication ventured upon an experiment, of the success of which they could not be certain, owing to the comparatively small number of individuals who feel an interest in the jurisprudence of the country, so far as to purchase the reports; but they were nevertheless sanguine of success because of the want that was universally felt among the profession of a proper system of reports. From the Judges of the country and from their brethren of the bar they have continually received assurances of approbation and encouragement. They take this opportunity of stating, that the Judges have always freely communicated their notes of the judgments pronounced by them; and most of the reports of cases in Appeal have been prepared from manuscripts obligingly furnished to the Editors by the members of the Court of Appeals. For all this they beg to tender their grateful thanks.

A great debt of commendation is also due to the enterprising publisher, Mr. John Lovell, who of his own accord has most liberally exonerated the Editors from any personal liability consequent upon the undertaking, and has declared himself satisfied to look for compensation to the subscriptions and to the sale of the volumes published. To enable him to continue to publish the work without loss, a large addition to the subscription list should be obtained, and the Editors confidently appeal to the members of the Profession and to the Mercantile Community to extend the number of subscribers as widely as possible.

REPORT

OF THE

COMMITTEE OF THE BAR OF LOWER CANADA,

SECTION OF THE DISTRICT OF MONTREAL.

NOMINATED THE 14TH FEBRUARY, 1856, TO REPORT ON THE

STATE OF THE LAW WITH RESPECT TO THE PUBLICATION OF THE DECISIONS OF THE COURTS OF JUSTICE, &c. &c.

Your Committee nominated on the fourteenth day of February last, with instructions to report on the present working of the law with respect to the publication of the Decisions of the Courts of Justice, to suggest the amendments which may be necessary in the law, and to prepare a Bill to be submitted to the Legislature, and passed in order to give to those amendments the force of law, have the honor to report as follows:—

1o. That in the opinion of your Committee, the present system of reporting the Decisions of the Courts in Lower Canada is so extremely inconvenient and defective, that they deem it sufficient to draw attention to the fact that such proceedings are not published with sufficient frequency, too great a delay taking place between the decisions and their publication, and, what is of more importance, that they are not recognized by the Bench as authentic, and this mainly in consequence of their not being submitted to the Judges of the Courts pronouncing the same, previous to their publication.

2o. In proposing a remedy, your Committee would respectfully suggest:

That there be a separate Reporter and Assistant Reporter in each of the Districts of Quebec and Montreal, and that separate Reports be published in each such District.

That the selection and removal from office from time to time of such Reporters and their Assistants be left to the decision of the Judges of the Court of Queen's Bench and of the Superior Court.

That it shall be the duty of each such Reporter and their Assistants respectively to report as well the substance of such of the oral decisions of the Courts in the Districts to which they shall belong as shall be of general importance, as to report also such decisions as may be delivered in writing; and it shall further be his duty, without any unnecessary delay, to cause such Reports to be fairly entered in a book, and to submit the same for the inspection and approval of the Judge pronouncing the judgment of the Court, and, in case of dissent, for the inspection and approval of the dissenting Judge, such Reports, after due examination and correction, to be signed by such Judge and dissentient Judge, or, in case of absence or sickness, by some other member of the Court.

U. W. O. Law

In connection with the financial part of the subject, your Committee have further to report.

It would appear from the correspondence of Messrs. Lelièvre & Angers, the present Reporters, and the Government, in 1850, that the cost of reporting was estimated as follows:

Printing, collection, &c.	£150	0	0
Editing, proof-correcting, &c.	300	0	0
Assistance in one or other District (Quebec or Montreal)	150	0	0
Total	£600	0	0

This amount, Lelièvre & Angers considered could be defrayed as follows:

By tax of 25s. on the Judges, Prothonotaries, and Sheriffs	£93	15	0
By ditto on 90 advocates in District of Montreal	112	10	0
By ditto of 70 advocates in District of Quebec	87	10	0
By ditto of 15 advocates in Districts of Gaspé, St. Francis, and Three Rivers	18	15	0
Total by tax	£312	10	0
By Reports, to be sold at 20s.	125	0	0
In all	£437	10	0
Making a deficit of	£162	10	0

which they and the Government considered would be covered by the surplus revenue of the Prothonotary's office.

The arrangement entered into was to the following effect:

Government was to allow Lelièvre & Angers for their assistants in Montreal (one French and one English)	£150	0	0
L. & A. for salary	300	0	0
And for costs of printing, collection, &c.	150	0	0
	£600	0	0

provided the tax and subscriptions should amount to that sum.

Should the tax and subscriptions exceed in amount the £600, L. & A. were only to receive, in addition to the subscriptions to be collected and accounted for by them, out of the Tax Fund, a sum sufficient to make up £600, to cover above charges.

And should these two funds fall short of £600 per annum, the difference was to be made up out of the special fee fund created by the Act in regard to the salaries of public officers, provided such difference did not exceed £162 10s. cy.

By this arrangement, Lelièvre & Angers were evidently to run the risk of the tax and subscriptions not amounting to the difference between the £600 0 0 and the 162 10 0

namely, to extent of £437 10 0

By the public accounts for 1854, it would appear, however, that Government paid Messrs. L. & A. out of the Consolidated Fund raised under 16 Vic. cap. 19, the sum of £500 0 0

"pour defrayer les dépenses encourues dans la compilation et publication des décisions des tribunaux dans le Bas-Canada, pour l'année 1854."

And that the only amount received by the Government towards that amount was 152 1 3

Tax at Quebec	£10	0	0
" Montreal	121	10	0
" Three Rivers	20	11	3
	£152	1	3

making £347 18 9

contributed by Government, instead of £162 10s.

Should Government consent to our having a Reporter and Assistant Reporter for our own District, they could be paid out of the following sources of revenue:

Average collection from tax in this district	£134	19	6
65 subscriptions in this district	65	0	0
	199	19	6
Government might be induced to contribute also to our expenses in printing, collecting, &c., say per annum	£150	0	0
Deduct for such expense, say	100	0	0
	50	0	0
Total revenue	£249	19	6

or, in round numbers, £250 per annum.

And to cover any shortcomings in the tax and annual subscriptions, the Bar might guarantee to the Reporter and his Assistant to make up the difference, so as to secure to them £250 per annum, in the proportions of £150 currency to the Reporter and £100 currency to his Assistant.

Before closing, your Committee have only to add, that in their opinion the foregoing suggestions could be more readily carried out by petition to the Governor-General in Council, than by Act of Parliament, particularly as the Act now in force contains sufficient provisions to enable the Executive Government to adopt the views recommended by the Report.

The whole, however, respectfully submitted.

On behalf of the Committee,

(Signed,) STRACHAN BETHUNE.

Montreal, 30th May, 1855.

U. W. O. LAW

TO CA

Abbott vs. T
Adam vs. Su
Addison vs.
Alexander vs
Armstrong v
Atwell vs. Th
Badeau vs. B
Beacon Life a
Beaudry, appe
Bell vs. Leon
Benjamin et a
Benoit vs. Tar
Boston et al.,
Boucherville v
Boucher vs. F
Bouthillier vs.
Brewster et al.
Browne vs. Th
Buchanan et al
Cartier vs. Bé
Cartier, Attorn
Casson vs. Tho
Chapman et al.
City Bank vs.
Clarke vs. McG
Clarke et al. vs
Clément vs. Pa
Croteau vs. Qu
Damour et al. v
Dansereau et al
David, appellan
Délard vs. Paré
Desjardins vs. D
Dévoyau, appell
Domina Regina,
Dorion et al., ap
Dumont et al. v

INDEX

TO CASES REPORTED IN THE FIRST VOLUME

OF THE

LOWER CANADA JURIST.

	PAGE
Abbott vs. The Montreal and Bytown Railway Company, and The Co. opposant,	1
Adam vs. Sutherland,	196
Addison vs. Bergeron et al.,	196
Alexander vs. McLachlan,	5
Armstrong vs. Crochetière, and Crochetière, opposant,	276
Atwell vs. The Western Assurance Company,	278
Badeau vs. Brault et *ux.*,	171
Beacon Life and Fire Assurance Company of London vs. Whyddon,	178
Beaudry, appellant, and Papin, respondent,	114
Bell vs. Leonard,	17
Benjamin et al. vs. Wilson,	4
Benoit vs. Tanguay, et Tanguay, plaintiff *en gar.*, vs. Bouthillier, defendant *en gar.*,	168
Boston et al., appellants, and Taylor, respondent,	60
Boucherville vs. The Grand Trunk Railway Company,	179
Boucher vs. Forneret,	269
Bouthillier vs. Turcotte,	170
Brewster et al. vs. Hooker et al.,	90
Browne vs. The School Commissioners of Laprairie,	40
Buchanan et al. vs. Cormack,	181
Cartier vs. Béchard,	44
Cartier, Attorney General, *pro Regina*, informant, vs. Yule et al.,	289
Casson vs. Thompson,	156
Chapman et al. vs. Aylen,	264
City Bank vs. The Harbour Commissioners of Montreal,	288
Clarke vs. McGrath,	5
Clarke et al. vs. Clarke et *ux.*,	99
Clément vs. Page et al.,	87
Croteau vs. Quintal,	14
Damour et al. vs. Guingue,	94
Dansereau et al. vs. Privé,	283
David, appellant, and Thomas, respondent,	69
Délard vs. Paré et *ux.*,	271
Desjardins vs. Dubois,	81
Dévoyau, appellant, and Watson et al., respondents,	137
Domina Regina, on petition of Ira Gould for *certiorari*, vs. The Hon. Jos. Bourret,	162
Dorion et al., appellants, vs. Rivet, respondent,	308
Dumont et al. vs. Chaurette,	186

U. W. O. LAW

	PAGE.
Durocher vs. Meunier,	290
Edmonstone et al. vs. Childs et al., and Childs et al., plaintiffs *en gar.*, vs. Chapman et al., defendants *en gar.*,	249
Elwes vs. Francisco,	188
Exparte DeBeaujeu, for a writ of *certiorari*,	15
" Judah, and Judah, plaintiff *en gar.*, vs. Rolland, defendant *en gar.*,	194
" Leonard, for a writ of *certiorari*,	255
" O'Meara, petitioner *en destitution de tutelle* vs. McCleverty,	195
" Rudolph, for *certiorari*, and the Harbour Commissioners of Montreal, prosecutors,	47
Ferguson, appellant, and Gilmour, respondent,	131
Fisher et al. vs. Fisher et al.,	88
Fletcher vs. Gatignan, and Gatignan, tutor, opposant,	100
Fournier, appellant, and Grace Russell, respondent,	118
Gale vs. Griffin, curator, and Gale, opposant, and Sewell, opposant,	266
Garth vs. Woodbury et al.,	43
Gauthier et al. vs. Darche,	42
Gauthier et al., appellants, and Darche, respondent,	291
Généreux vs. Leroux,	285
Germain vs. The Montreal and New York Railroad Company,	7
Gillin, appellant, and Cutler, respondent,	277
Gore vs. Gugy,	264
Gorrie vs. Herbert, and Herbert, opposant,	173
Grand Trunk Railway Company vs. Webster,	251
Grinton vs. The Montreal Ocean Steamship Company,	84
Guilfoyle vs. Tate et al., and Tate et al., opposants,	188
Guy vs. Clarkson, and McLean, *adjudicataire*,	193
Handyside et al. vs. Courtney et al.,	250
Hayden vs. Fitzsimmons,	9
Henshaw vs. Dyde,	124
Hobbs vs. Sénécal et al.,	93
Hogan et al. vs. Scott et al.,	83
Homier vs. Demers,	12
Howard et al. vs. Childs et al., and Childs et al., plaintiffs *en gar.*, vs. Chapman et al., defendants *en gar.*,	160
Hunter vs. Dorwin,	287
Jetté, appellant, and Choquette, respondent,	148
Johnston, appellant, and Bonner, respondent,	116
Joseph vs. Cay, and Cay, opposant,	2
Joseph vs. Ostell,	265
Kay, appellant, and Simard, respondent,	167
Kierzkowski vs. Lespérance, and Lespérance, opposant,	193
Lalande vs. Rowley, and La Banque du Peuple, opposant, and Lafrenaye & Papin, contesting Report of Distribution,	274
Lalonde vs. Lalonde,	290
Lambert, appellant, and Gauvreau, respondent,	206
Lamothe et al., appellants, and Talon dit *Lespérance*, respondent,	101
Lane et al. vs. Deloge,	3
Languedoc et ux. vs. Laviolette,	240
Larochelle vs. Piché, and Piché, intervening party,	158
Laroque et *vir.* vs. Michon,	187
Leduc, appellant, and Busseau, respondent,	191
Lefebvre et ux. vs Boyer,	267

	Page.
LePailleur vs. Scott et al.,	275
Leverson vs. Cunningham, and Boston, *Sheriff*,	3, 86
Lewis vs. O'Neill, and Holbrook, *adjudicataire*,	15
Lyman et al. vs. Chamard,	183, 285
McAdam vs. Kingsbury,	287
McCord vs. Bellingham et al.,	174
McFarlan, appellant, and Whiteford, respondent,	49
McGinn, appellant, and Brawders, respondent,	176
McGinnis vs. McCloskey,	193
McGoey vs. Griffin,	39
McGrath vs. Lloyd,	17
McMartin vs. Gareau,	286
Malo vs. Nye,	11, 155
Malo vs. Adhémar, and La Banque du Peuple, T. S.,	270
Marshall vs. The Grand Trunk Railway Company of Canada,	6
Marsolais vs. Lesage,	42
Marteau, tutor, vs. Tétreau,	245
Mayer vs. Thompson et al.,	280
Mead vs. Reipert et al., and Bouthillier, opposant,	177
Mogé vs. Lapré, and Massue, opposant, and Morisoh, opposant,	255
Mondelet vs. Power,	276
Monaghan vs. Benning,	150
Mongeon et *ux.* vs. Turenne dit Blanchard,	264
Mountain vs. Leonard et al.,	272
Mullins vs. Miller et al., and McDonald et al., opposants,	121
Ouimet vs. McCallum, and Clark, *mis en cause*,	158
Pacaud vs. The Monarch Insurance Company,	284
Pattenaude, appellant, and Lériger de LaPlante et al., respondents,	109
Platt et al. vs. Platt et al.,	183
Préfontaine, appellant, and Prévost et al., respondents,	104
Price vs. Wilkinson et al.,	92
Queen, appellant, and The People's Building Society, respondent,	55
Quintin et al. vs. Girard et *ux.*,	163
Ravary, tutor, et al. vs. The Grand Trunk Railway Company of Canada,	280
Regina vs. Yule et al.,	289
" appellant, and The People's Building Society, respondent,	55
Reid, appellant, and Prévost, respondent,	320
Rice vs. Coo,	10
Richer vs. Mongeau,	100
Rochon vs. Leduc,	252
Rolland vs. Larivière,	82
Ryan vs. Idler,	9
Ryan et al. vs. Woods et al., and divers opposants,	85
Ryan, appellant, and Idler, respondent,	257
Samuel vs. Edmonstone et al.,	89
Saucisse et al. vs. Hart,	190
Senécal, appellant, and Labelle et al., respondents,	273
Sœurs de la Charité de l'Hôpital Général de Montréal vs. Primeau,	13
School Commissioners of Chambly vs. Hickey,	189
Sharing, appellant, and Meunier dit Lapierre et al., respondents,	142
Simard vs. Perrault, and Perrault vs. Simard and divers parties, *reprenant l'instance*,	249
Sisters of Charity of The General Hospital, appellants, and Primeau, respondent,	200

PAGE.

Soupras vs. The Mutual Fire Insurance Company for the Counties of Chambly and Huntingdon..... 197
Stirling et al. vs. Darling, and Fowler, opposant, *en sous ordre*, to plaintiffs,..... 161
Strother vs. Torrance,..... 83
Syme et al. vs. Heward,..... 19
Tate et al. vs. Janes et al., and E. contra,..... 151
Thompson vs. McLeod,..... 155
Tidmarsh vs. Stephens et al.,..... 16
Turgeon vs. Hogue et al.,..... 270
Verdon vs. Groulx,..... 184
Voyer vs. The Mayor, Aldermen and Citizens of The City of Montreal,..... 166
Webster vs. The Grand Trunk Railway Company of Canada,..... 223
Whitney vs. Craig, and Craig, opposant, and Whitney contesting,..... 97
Wilson vs. Pariseau, and Simard, opposant,.....1, 164
" vs. Morris, and Dame E. Ravaria, plaintiff *par reprise d'instance*,.....237, 266
" vs. Pariseau and Phillips, *mis en cause*,..... 253
" vs. Brown, and Brown, opposant,..... 284

PAGE.
y and
..... 197
..... 161
..... 83
..... 19
..... 151
..... 155
..... 16
..... 270
..... 184
..... 166
..... 223
..... 97
...1, 164
.237, 266
..... 253
..... 284

Superior Court.

MONTREAL, 20TH DECEMBER, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 1707.

Wilson vs. *Pariseau*, & *Simard*, Opposant.

MOTION—PROCEDURE.

HELD:—That affidavit of defendant, husband of opposant, is sufficient to support opposition without allegation of being agent.

This was a motion to reject an opposition *afin de distraire*, not founded on title, on the ground that the affidavit in support of it was made by the opposant's husband, himself defendant in the cause, and did not shew that he was his wife's agent for that purpose.

Day, J. The affidavit in support of the opposition in this cause is made by the husband of the opposant; we think this is sufficient, it is within the rule of practice.

Lafrenaye & Papin, attorneys for plaintiff. Motion dismissed.
Cherrier, Dorion & Dorion, attorneys for defendant.
(T.K.R.)

MONTREAL, 20TH DECEMBER, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 2071.

Abbott vs. *The Montreal and Bytown Railway Company, and the Montreal and Bytown Railway Company*, Opposants.

VENDITIONI EXPONAS—OPPOSITION.

HELD:—That an opposition *afin d'annuler* to a sale of real estate, under a writ of *venditioni exponas*, will be rejected on motion, if the defects alleged existed in the proceedings under the *fieri facias*, or if the conclusions demand the setting aside of the proceedings under the *fieri facias*.

In this case a railway taken in execution, lying partly in Townships and partly in a Seigniory, and forming the only completed portion of the Montreal and Bytown Railway, was advertised, under the *fieri facias*, to be sold at the Sheriff's office in Montreal. The sale was stayed by oppositions, and, on their being disposed of, a writ of *venditioni exponas* issued, and the advertisements were renewed as before. The defendants obtained an order of a Judge to stay the sale on the following grounds:

1. That part of the property seized, consisting of real estate *en roture*, should be sold at the Church door of the Parish wherein that part lay.

2. That the whole of the Montreal and Bytown Railway should have been taken in execution at once, and not merely a portion of it; and they concluded that the original seizure should be declared null.

The plaintiff moved to reject the opposition on the grounds, amongst others:

1. That no opposition could be filed to a writ of *venditioni exponas*, under the Ordinance 41 Geo. III., cap. 7, § 11.

U. W. O. Law

Abbott v. M. & B. R. W. Co.

2. That the alleged defects complained of existed in the proceedings under the writ of *fieri facias*, and, therefore, that the opposition should have been filed to the proceedings under that writ.

3. And that the conclusions of the opposition were inapplicable to an opposition to a writ of *venditioni exponas*.

Abbott, for plaintiff, cited :—41 Geo. III., cap. 7, § 11, No. 1887, *Douglas* vs. *Davinson & Davinson*, Sept. Term, 1856. *Thibert* v. *Lepage, & Lepage*, opposant, Montreal, 31st January, 1848. *Allard* v. *Lespérance*, 1 L. C. Rep. 155.

The *Court* (*C. Mondelet, J., dissenting*) appeared to be of opinion that notwithstanding the prohibition contained in the Ordinance, an opposition might be received to a writ of *venditioni exponas* if the defects complained of originated in the proceedings under that writ; but rejected the opposition from the record, on the ground that the objections it contained might have been urged by an opposition filed within the ordinary delay to the writ of *fieri facias*, and, therefore, the opposants were not in position to claim any exemption to the rule laid down by the Ordinance; and also on the ground that the conclusions of the opposition were inapplicable to an opposition to a sale under a writ of *venditioni exponas*, as they attacked the original seizure instead of merely demanding, as they should have done, that the proceedings under the *venditioni exponas* should be set aside.

Motion granted.

Abbott & Baker, attorneys for plaintiff.
Cherrier, Dorion & Dorion, attorneys for opposants.
(J.J.C.A.)

MONTREAL, 22nd DECEMBER, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 706.

Joseph vs. *Cay, & Cay*, Opposant.

OPPOSITION—AMENDMENT—PROCEDURE.

In this case there were two motions: the first, on part of opposant, to amend the endorsation of his opposition to sale of moveables seized under writ of *fieri facias*, by entering the number 706 instead of the number 760; the second motion, on the part of the plaintiff, that the said opposition be rejected from the record as having been improvidently filed in this cause, instead of cause No. 760.

McDonald was heard in support of the first motion, and *contra* the second.

Ramsay, against first motion, said there was nothing to be amended; the opposition in itself was bad in law, and could not serve the opposant, but to delay the case; and in support of the second motion cited the case of *Leverson* vs. *Cunningham, & Cunningham*, opposant, No. 363, S. C., Montreal, 1854.

The *Court* dismissed the first motion, and granted the second.

Amendment refused and opposition rejected.

David & Ramsay, attorneys for plaintiff.
McDonald, attorney for opposant.
(T.K.R.)

MONTREAL, 22ND DECEMBER, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 363.

Leverson vs. *Cunningham*, & *Boston*, Sheriff.

SECURITY FOR COSTS.

HELD:—That a ministerial officer of the Court cannot ask for security for costs before obeying order of Court.

A motion for a rule against Sheriff, calling on him to produce certain goods seized in this cause, pay the debt, or be *contrainte par corps*, having been made in the term of November, the Sheriff appeared by his counsel, and opposed granting of rule except on payment of costs awarded on a previous rule of a like nature dismissed.

The *Court*, having granted the Sheriff's application, deferred the hearing on the motion for the rule to the first day of the December term. When called the Sheriff's counsel made another motion for security for costs, on the ground that plaintiff was not a resident in Lower Canada.

Bethune, in support, referred to 41 Geo. III., c. 7, § 2, Rev. St. p. 112.

Ramsay, *contra*, said that the Sheriff was too late, having appeared on the motion, which was the beginning of the proceeding, the Rule of Practice LXII having confined the application for security to within four days from appearance of party applying; and that the Sheriff was not in the position to ask for security for costs before answering what he had done with the goods.

Mondelet, J., dissenting, remarked, that, apart from the Provincial Ordinance, the *judicatum solvi* existed, and that the *huissier* would have been protected by it; and for the same reason the Sheriff ought to have security for any costs he might incur before answering this rule. He did not see why an officer of the Court should not be protected as any other person.

Day, J. The Sheriff, as a ministerial officer of the Court, cannot come in and ask for security for costs before he obeys the order of the Court. Plaintiff has obtained judgment, and has a right to have it executed. The establishment of the rule by our Statute is only a declaration of a right as old as the Roman Law, and my opinion is that it only appertains to original litigating parties.

Motion for security for costs dismissed.

David & Ramsay, for plaintiff.
Bethune & Dunkin, for Sheriff.
(T.K.R.)

MONTREAL, 30TH DECEMBER, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

No. 1679.

Lane et al. vs. *Deloge*.

AMELIORATIONS—LAW ISSUE.

HELD:—That a possessor in bad faith of land has no lien, *droit de rétention*, upon it for his improvements.

This was a petitory action to recover a lot of land in the Township of Acton. The declaration was in the usual form, and alleged that the defendant had

Lane et al. v. Dwight.

fortiously, wrongfully and unjustly acquired and obtained possession of the land against the will of the plaintiffs, and still withheld the same, and still refused, although thereunto often requested, to deliver the same to the plaintiffs; and that the defendant had received the rents, issues and profits of the same, to his own use, for three years and upwards, to the damage of the plaintiffs of two hundred and fifty pounds currency.

To this action the defendant, without denying the allegations of the plaintiffs, pleaded by an *exception peremptoire*: firstly, that, since he was in possession of the land, he had cleared fifty acres of it, which was worth £200, independent of the profits he had derived; secondly, that he had built a house, barns and stabling on the land, of the value of £75 cy.; thirdly, that he had paid the Municipality wherein the land was situate, for land-tax on it, imposts and school assessments, for keeping up roads and otherwise, a sum of £50; that these three sums, amounting to £325, he had a right to demand, as expenses, ameliorations and payments—*impenses, améliorations et déboursés*—incurred and made for the proprietor, before giving up the land. He therefore concluded that, in the event of the plaintiffs being acknowledged as proprietors, they should be condemned to pay him £325 before he should be condemned to give up the land.

The plaintiffs demurred to this exception, on the ground, among others, that the defendant, as a possessor in bad faith, had no lien upon the land for the ameliorations and expenses specified in his plea.

Day, J., giving the judgment of the Court, said: This issue raises the question in very naked terms as to the right of the possessor in bad faith to be paid for his improvements, and to have a lien on the land until such payment. We think the defendant has no such right; the current of decisions is against his pretension, and the demurrer is maintained.

Demurrer maintained.

F. W. Torrance, attorney for plaintiffs.
Leblanc & Cassidy, attorneys for defendant.
(F.W.T.)

MONTREAL, 30TH DECEMBER, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 890.

Benjamin et al. vs. *Wilson.*

MOTION TO REVISE INTERLOCUTORY JUDGMENT—PROCEDURE.

HELD:—That under the provisions of the 12 Vic. ch. 42 the defendant could not be imprisoned without previous notice to himself in person.

In this case the plaintiffs made a motion to revise a judgment rendered th 20th October, 1851, upon a motion made by the plaintiffs on the 19th Septe ber preceding; the motion of the 19th September, 1851, seeking that t defendant be imprisoned in the common jail of this district, he having failed fyle in the office of the Prothonotary of this Court a statement under oath his property, real and personal. This motion of September, 1851, was not serve upon the defendant in person.

Day, J. The Court are against the applicants. A variety of minor reasons might be given. The majority of the Court say that the interlocutory judgment was right. I remember that the question at the time underwent much discussion, and my individual opinion is that under the statute 12 Vic., cap. 42, no man can be imprisoned without previous notice to himself personally. I would suggest to the counsel for the plaintiffs, if he wish to proceed further in the matter, to renew the application of September, 1851, and take it to the Court of Appeals.

Williams et al. v. Wilson.

Carter & Mondelet, attorneys for plaintiff.
W. G. Mack, attorney for defendant.
(F.W.T.)

Motion dismissed.

MONTREAL, 30TH DECEMBER, 1

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

No. 785.

Clarke vs. *McGrath*.

MOTION—PRACTICE.

HELD:—That an action *en déclaration de paternité*, coupled with damages, is not susceptible of a trial by Jury.

This was an action *en déclaration de paternité*, and for damages, and defendant in his plea concluded for a trial *per pais*. The plaintiff moved to reject the conclusion to the contrary.

Day, J. This case comes up on a motion to strike out that part of plea which concludes for trial by jury. We are with the plaintiff. The trial of an action *déclaration de paternité* and damages is not subject to trial by jury. It is true that part of the action might go to a jury if it stood alone, but the principal matter of the action is to decide the *status* of a person and not to indemnify for a personal wrong.

E. Carter, attorney for plaintiff.
Devlin, attorney for defendant.
(T.K.R.)

Motion granted.

MONTREAL, 30TH DECEMBER, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

No. 2492.

Alexander vs. *McLachlan*.

CAPIAS AD RESPONDENDUM—MOTION TO QUASH.

HELD:—That the affidavit for a capias must contain the allegation that the party sought to be detained is personally indebted to the plaintiff.

Day, J. This is a motion to quash a *capias*, on the ground that the affidavit is insufficient, the word *personally* being omitted. This question has never presented itself alone before. In the case of Cuthbert vs. Barrett, 1 L. C. R., p. 212, it was not specifically decided; but from the terms employed by the Judges in delivering the judgment, it would appear that they thought this word necessary.

Alexander McLachlan.

The words of the statute do appear to sustain this opinion. It is not said that the party to be arrested must be personally indebted, but that the plaintiff or his book-keeper, &c., must make an affidavit that the defendant is personally indebted. When we consider that the object of this statute is to abolish imprisonment for debt, except in cases of fraud, the Court is obliged to apply the strictest principles of interpretation, and the *capias* must therefore be quashed.

Motion granted.

Robertson, attorney for plaintiff.
Doherty, attorney for defendant.
(T.K.B.)

MONTREAL, 30TH DECEMBER, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

No. 293.

Marshall vs. *The Grand Trunk Railway Company of Canada.*

DAMAGES—COLLISION ON A RAILWAY.

HELD:—That prescription under 8 Vic., cap. 25, sec. 49, does not apply to actions for personal injuries—that person suing for corporeal damages must shew how far his power of making a livelihood is impaired, in order to obtain indemnity for the future.

This was an action in damages for corporeal injury suffered by the plaintiff from the negligence of the servants of the Company.

The defendants replied to the action by several pleas. 1st. That the claim of the plaintiff was prescribed under the Act 8 Vic., cap. 25, sec. 49, amending the charter of the St. Lawrence & Atlantic Railroad Company, in whose rights the defendants stood; under which Act, the present action was prescribed by the lapse of more than six months between the alleged injury and the bringing of the action. 2nd. That the plaintiff was, at the time of the accident, in the employ of the defendants, and that the latter were not by law liable to the plaintiff, their servant, for the negligence of their other servants. 3rd. That if the defendants were liable, it could only be for compensation for the loss of time during his illness, and for the doctor's bill. 4th. The general issue.

The defendant's first plea was dismissed on a law hearing, on the ground that the prescription invoked did not exist in the present [illegible] and the parties then went to evidence on the remaining issues.

Day, J. The plaintiff was employed by a contra[illegible]me of Macfa[illegible] lane, to load timber on the timber cars of the defendants. Whilst so engaged on the timber cars, which were stationary, a gravel train came furiously into collision with them, and the plaintiff was much injured, his hands and his fingers being lacerated, and two of his fingers broken. We are of opinion, that Marshall was [illegible]ll in the employ of the Company, but in that of some person employed [illegible]for the Company. It is a question of evidence. The plaintiff has made [illegible] to a considerable extent,—the doctor's bill,—that he was kept from [illegible] four or five months, and the consequent loss of wages. He has proved that one of his fingers remains stiff; but there is no evidence to what extent this interferes with his getting a livelihood. He does not, therefore, come before the Court entitled to indemnity for future loss of his means of livelihood. We gi[illegible]

him judgment for the bill for medical treatment, and for his loss of time, in all £80 cy.

Marshall v. The G. T. R. Co. of Canada.

Smith, J., said: I differ from the majority of the Court as regards the amount of the damages. The plaintiff's finger is broken, and he is maimed for life, the loss of a finger being very serious to a mechanic. I would give the plaintiff £100 cy. over and above the doctor's bill and loss of time.

W. H. Meek, attorney for plaintiff. Judgment for plaintiff.

[illegible] Abbott, attorneys for defendants.

(S.W.T.)

MONTREAL, 30TH DECEMBER, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 2506.

Germain vs. *The Montreal and New York Railroad Company.*

DAMAGES—INJURIES ON RAILROAD.

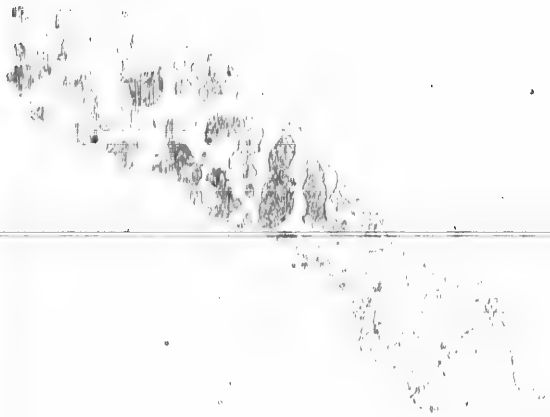
HELD:—That testimony of Company's servants that there was no negligence will not absolve Company from presumption of negligence, arising from accident—that the six months' prescription, under 16 Vic., cap. 46, sec. 29, does not apply to personal injuries.

The declaration set out in this case that the plaintiff, about the 21st August 1854, was travelling on the railroad in the cars of the defendants, when, by the negligence, unskilfulness and carelessness of the defendants, the cars got off the track, by which the plaintiff was badly injured, having, among other injuries, his thigh broken in two places; that he had paid out large sums, and suffered much, and would be prevented for the rest of his days from gaining a livelihood for himself and his family. The damages were laid at £2000 cy.

The first plea of the defendants alleged that any injury whereof the plaintiff complained did not result from any negligence, mismanagement, want of care or attention on the part of the defendants and their servants, but was purely the result of accident, misfortune, and *force majeure*. Further, that the defendants had had no notice of the action, although the plaintiff was bound by law and the statutes to give such notice; and that the plaintiff had not instituted his action within six months after the injury alleged, as required under the Statute 16 Vic., cap. 46.

The second plea was a *défense en fait*, and the issues were completed by a general answer and replication.

Day, J. The defendants have urged, in answer to the plaintiff's demand, firstly, that the action was prescribed by the lapse of six months. We think that the limitation under the Statute applies to acts of the Company done in the exercise of the charter in the construction of the road, and not to injuries inflicted on persons, as to which the Company is in the same position as any other wrong-doer. The defendants further alleged that the injury was caused by a *force majeure*, and not by negligence on their part. The Court is against them on this point also. It is true that their witnesses, their own servants, whose duty it was to guard against any such accidents, state that the cars and machinery



Germain v. The M. & N. R.R. Co.

were in perfect order, and that every precaution had been taken; but such testimony is usual, and against it we have the fact of the accident, which overrides any such testimony. The third point raised by the defendants at the argument, but not raised by the pleadings, was, that the injury was caused by the negligence of the defendant's servants; that Germain was also in their employ, and that the Company were not liable for the acts of his fellow-servants. The Statute allowed the Company to prove special facts under the general issue but only in cases contemplated by the clause of the limitation of actions; but under the general issue we do not think that the defendants have a right to make out a defence of this kind. At any rate, the facts do not sustain their pretension on this point. The plaintiff was not a servant of the Company, but only a day laborer going to his employment; he had no connection with the servants of the Company, and had nothing to do with the management of the cars. We therefore assess the damages, taking into consideration that the man had his thigh broken, and is materially injured for life. The evidence shows what the prospective loss, as regards the earning of his livelihood, is; that his powers of gaining a subsistence are much impaired—some witnesses say one-half. The assessment includes the doctor's bill, his loss of wages during his illness, and prospective damages; and judgment goes for £200, besides costs.

Smith, J. In this case, as in Marshall's case, I dissent from the majority of the Court as to the amount of damages. I would give the plaintiff £200 currency besides past damages and costs.

Judgment for plaintiff.

Lafrenaye & Papin, attorneys for plaintiff.

Cross & Bancroft, attorneys for defendants.

(F.W.T.)

Authorities cited by Plaintiff:

Chambers and Peterson, on Railway Companies, page 354.
Shelford, on Railways, pages 498 and 499.

Authorities cited by Defendants:

Limitation of the action to six months:
9 Vic., c. 82, sec. 6.
16 Vic., c. 46, sec. 29.

Defendants, as a general rule, only responsible for fault, negligence or imprudence:
Domat, part 2, liv. 2.
Tit. 8, sec. 4, § 1 and 3.
Toullier, T. 11, p. 148, 150, 151, 154, 206.
Story, on Bailments, § 601 and 602.

Degrees of diligence:
Story, on Bailments, § 23.

A depositary is only liable for gross negligence:
Story, on Bailments, § 79 and 97.

So of Carriers without hire:
Angell, on Carriers, § 17 and 21.
Jones, on Bailments, p. 62.

Onus of proof of negligence, in case of gratuitous bailment, on the plaintiff's claiming:
Story, on Bailments, § 212, 213, and notes—"Is generally on the Bailor, § 410, "may be the pawnee, but if plaintiff alleges negligence, must prove it, § 339."

Even with depositaries for hire:
§ 454 and note.

Carriers for hire at most require to shew the cause of the accident, and difference between Carriers of Passengers and of Goods:
Nouv. Den. v. Delit, p. 150.
Story, on Bailments, § 601, 602 and 59[illegible].

And not liable for an accident similar to the one complained of in this cause :
Chambers and Peterson, on Railways, p. 354.
Christie v. Gregge, 2 Campbell R., p. 80.
When axle broke, and no apparent defect, proprietor held excused. See also
Aldridge v. Great Western Railway Co.
2 Railway Cases, p. 582.
Aston v. Heaven, 2 *Espinasse R.* 533.
Crofts v. *Waterhouse.*
3 *Bingham's Reports*, p. 319.
Not responsible to servants for the damages caused to one servant by acts of another :
Shelford, on Railways ; Amer. ed., vol. 2, p. 747, 8, 9 ; case of Priestly v. Fowler, 3rd vol. Meeson and Welsby, Rep. p. 1,
Coroner's inquest, a proceeding in Rem and prima facie proof of no negligence :
Greenleaf, on Ev., vol. 1, page 621, § 556.
Plaintiff not being a passenger, defendants are only in the position of depositaries—their liability :
Story, on Bailments, § 9, 10, 61 and 62.

Germain
v.
The M. & N. Y. R. R. Co.

30TH DECEMBER, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

No. 2710.

Hayden vs. *Fitzsimmons.*

MOTION—PROCEDURE.

HELD :—That defendant will be allowed to appear and contest an action of damages after a lapse of five months, and service of interrogatories, although his failing to appear was due to his own fault.

Motion on part of defendant, who had failed to appear in proper time, to be allowed to appear and fyle plea to the action.

Day, J. The defendant comes before the Court in any thing but a favorable way. He tore up the copy of summons served upon him, and said he did not mind it. However, as this is an action of damages, we do not choose to prevent his contesting the action; but he is allowed to appear on condition of his fyling plea to-day, and paying the full costs of the action.

Devlin, attorney for plaintiff.
Bedwell, attorney for defendant.

Motion granted.

(T.K.R.)

MONTREAL, 30TH DECEMBER, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 2300.

Ryan vs. *Idler.*

MOTION TO CAUSE JUDGMENT TO BE DECLARED BINDING UPON AN AYANT CAUSE.

, having obtained judgment against his vendor P., reducing the amount of purchase money, the quantity of land being less than that sold, sought to make this judgment obligatory against the previous cessionaire of P., who was not a party to the cause between R. and P.

The plaintiff having obtained a judgment against one Prendergast, his vendor, certain real estate, reducing the purchase money to be paid him, by plaintiff, 140, for deficiency in measurement, brought his action to cause this judgment

Ryan v. Idler.

to be declared binding and obligatory upon the defendant in this cause, *cessionaire* of Prendergast, for part of said purchase money. To this action defendant demurred, among other reasons, because he was not party to that judgment.

Smith, J., dissenting. Prendergast sold a piece of land to Ryan, the plaintiff, who brought his action against Prendergast to reduce the price of purchase. In this action Ryan succeeds, and £140 is given, and plaintiff now seeks to have this action rendered executory against the present defendant, *cessionaire* of Prendergast. This action has been demurred to, on the ground that it is not stated that defendant was a party to the former action. I disagree with the majority of the Court, I think the action is rightly brought. It is *chose jugée* between the plaintiff and defendant, as *successeur* of Prendergast. Pothier, Oblig. Nos. 901 to 905. To put it in another form, if actions had been brought by *cessionaire* for instalments of purchase money, this judgment reducing the price of sale £140 could have been offered in compensation. Why then can the plaintiff not bring this action ?

Mondelet (*C.*) J. As to *chose jugée* there are three things essential, the identity of the subject of action, the identity of cause of action, and that it be between the same parties. Besides, there is no such action as that now brought, plaintiff had no interest to bring such an action, as he could always urge his rights by way of exception, if sued by cessionaire.

Demurrer maintained.

A. & G. Robertson, attorneys for plaintiff
Monk & Macrae, attorneys for defendant.

(T.K.R.)

NOTE : Sur la question de savoir comment l'on envisage maintenant en France la doctrine de la chose jugée *quoad* les ayant-cause ;—*vide* les savantes dissertations de M. Valette, dans la Revue Etrangère et Française de Législation, de l'année 1842, page 257 et page 27 de la Revue de droit français et étranger de l'année 1844.

(P.R.L.)

MONTREAL, 30TH DECEMBER, 1856.

Coram DAY, J., SMITH J., BADGLEY J.

No. 1272.

Rice vs. *Coo.*

DAMAGES—APPRENTICE.

C. bound minor son as apprentice to R. for five years, representing his age to be only sixteen ; son was really over sixteen, and left at age of majority. Held, father liable to R. in damages for loss of time.

The plaintiff instituted this action for £50, which he claimed from the defendant, George Coo, inasmuch as the son of the defendant, William Coo, had left plaintiff's service on the 21st October, 1855, whilst he was bound to him by articles of apprenticeship passed on the 31st October, 1851, before Mtre. Isaacson, N.P.

In said articles, the defendant, as the father of William Coo, declared that the latter was then about sixteen years old, whilst in fact he was then seventeen years

old, and he engaged him for the space of five years from 20th October, 185[illegible]. At the age of twenty-one years, on the 15th October, 1855, William Coo left plaintiff's employ and never returned. The claim of the plaintiff is for loss of time, for having over paid the defendant's son, and for the loss of the services of William Coo for a period of one year.

The defendant met this action by the general issue.

Per Curiam:—Considering that the plaintiff hath established the material allegations of his declaration as to the loss of the services of William Coo from November, 1855, it is adjudged that he do recover £28 12s. 6d., as damages for the loss of said services, with interest from service of process, and costs of suit.

Judgment for plaintiff.

C. R. Bedwell, attorney for plaintiff.
A. & G. Robertson, attorneys for defendant.
(P.R.L.)

MONTREAL, 30TH DECEMBER, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 2404.

Malo vs. *Nye*.

EVIDENCE.

To an action on several promissory notes N. pleaded usury, and produced F., maker of part of the notes and endorser of the others, as a witness. Held, that this kind of interest only affects F.'s credibility, not his competency to be a witness.

Action on four promissory notes, two of which were drawn by the defendant, and the other two were endorsed by him. Plea of usury. In support of his plea, defendant produced Fleming as a witness. Examined on the *voir dire*, Fleming declared that he was endorser of two of these notes and the drawer of the other two; that he had no discharge from plaintiff, but that he had a discharge from defendant. Fleming's examination was objected to on the part of the plaintiff, and the objection was overruled. Plaintiff moved to revise the ruling at enquête.

Day, J. The question raised at enquête was, that Fleming's interest as maker and endorser of these notes was such as to exclude his examination on the part of defendant. The kind of interest generally which excludes the evidence of a witness in an action on a promissory note is an interest as to costs. Fleming's interest is a balanced interest. His liability will not be increased or diminished by the testimony he will give in this cause. Fleming has no interest in this record, although the defendant may afterwards be brought up as a witness for him in the suit which plaintiff may bring against Fleming.

Motion dismissed.

Cherrier, Dorion & Dorion, attorneys for plaintiff.
Stuart, attorney for defendant.
(T.K.R.)

MONTREAL, 30 DECEMBRE 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

No. 135.

Homier vs. *Demers*.

CLAUSE RESOLUTOIRE.

Jugé, que la clause résolutoire non-comminatoire n'est pas éxécutable à la rigueur.

Le demandeur avait, par bail notarié en date du 20 mars 1854, loué à feu J. M. Ducharme, pour le terme de deux années, à compter du 23 juin 1853, un emplacement situé en la cité de Montréal, pour un certain prix y stipulé, et lequel bail contenait aussi une promesse de vente par le demandeur à Ducharme, de l'emplacement, dans le cas où ce dernier y construirait une maison de la valeur de £50, et paierait les deux années de loyer, et il s'obligeait de lui en passer titre pour £100, payables de la manière y stipulée; avec cette clause expresse: que si Ducharme ne bâtissait pas une maison de cette valeur, où s'il ne payait pas le loyer aux termes convenus, et s'il ne payait pas le *premier paiement sur le prix de vente à son échéance*, cette promesse de vente pourrait être considérée comme nulle, si le demandeur l'exigeait en faisant connaître son intention à cet effet, soit par protêt ou autrement, *cette clause étant de rigueur non comminatoire, vû que sans icelle le demandeur n'aurait pas consenti le dit acte.* Par un acte de cession-transport notarié, en date du 6 octobre 1854, et signifié au demandeur, le défendeur fut subrogé à tous les droits de Ducharme, qui, pendant la durée du bail, avait construit sur ce terrain, une maison logeable dont la valeur excédait la somme de £50.

Le demandeur ayant notifié le défendeur, par acte notarié en date du 23 juillet 1856, de son intention de considérer comme nulle cette promesse de vente, vû que le premier paiement échu le 23 juin 1855, et le second paiement échu le 23 juin 1856, n'avaient pas été payés ni par Ducharme de son vivant, ni par le défendeur, son cessionnaire, actionna le défendeur en déchéance.

Le défendeur plaida à cette action, que son cédant Ducharme avait rempli ses engagements, en payant son loyer et en bâtissant la maison en question; et que lui le défendeur avait fait offres au demandeur le 7 août 1856, par acte notarié, du montant des deux paiements à deniers découverts du prix de vente échus avec l'intérêt, et les frais de l'action, jusqu'à son rapport, en le sommant de lui passer titre, et il concluait à ce que ses offres fussent déclarées valables, et que le jugement lui tint lieu de titre dans le cas où le demandeur se refuserait à lui passer titre.

Les points de fait ayant été admis de part et d'autre, les parties à l'audition citèrent les autorités suivantes:

De la part du demandeur,

Domat, Titre 2, § 3, No. 8. Ed. in 8°, page 165, 1 vol., note de M. Remy.

Bourjon, tome 1er, page 485, titre 4, ch. 9, § 1 et suiv.

Troplong, Priv. et hyp. No. 191.

Duranton, tome 19, p. 207, No. 151. Le même, Vente, Nos. 62 et 622, etc.

Dalloz, Dict. de Jurisp., vo. Vente art. 8, § 5, No. 688.
Poncet, Traité des actions, No. 129.
Duvergier, vente, Nos. 433, 434 et suivants.
Pothier, vente, Nos. 475 et 480.
De la part du défendeur:
Domat, titre 1er, § 4, No. 15.
Soëfve, tome 2, cent. 1ère, ch. 6, p. 4, arrêt du 10 janvier, 1656.
Coffinières. p. 109.
Argou, tome 2, pages 332 et 333.
Guyot, Rép. vo. Comminatoire 1er col. p. 79, vo. clause résolutoire.
2 Vol. de Henrys, p. 448.
No. 912, McMullen et Michon. Jugement rendu le 24 avril 1847, accordant délai au défendeur.

Homier v. Demers.

Per Curiam. L'effet des clauses comminatoires est bien connu dans notre droit et d'après les dispositions de l'ancien droit français, elles ne doivent jamais être exécutées à la rigueur. Action renvoyée avec dépens.

Lafrenage et Papin, pour le demandeur.

Cherrier, Dorion et Dorion, pour le défendeur.

NOTE.—Ce jugement semble être en désaccord avec la décision rendue le 30 septembre 1854, dans la cause de Richard, appelant, et la Fabrique de Québec, intimée, rapportée au 5e volume des Décisions des Tribunaux du Bas-Canada, page 3 et suiv., car dans cette dernière cause, la doctrine que la clause résolutoire ne doit pas être exécutée à la rigueur, a été formellement proscrite, et l'on doit observer que cette fausse jurisprudence provenait de ce que les parlements exerçaient leurs pouvoirs d'une manière législative autant que judiciaire. *Vide*, 6 Toullier, page 581, no. 550. 1 Revue de Jurisp. p. 33, Beaudry vs. Bareille.

P.R.L.

MONTREAL, 30 DECEMBRE 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

No. 554.

Les Sœurs de la Charité de l'Hôpital-Général de Montréal vs. *Primeau.*

VENTE—LODS ET VENTES—SIMULATION.

Jugé, que lods et ventes ne sont pas dus sur l'allégation de fraude dans les contrats de deux consitaires, résultant simplement de leur juxta-position et de leur contexture.

Les demanderesses réclamaient des lods et ventes à raison des transactions intervenues entre le défendeur et Marc Antoine Primeau, comme suit: le 5 octobre 1852, M. A. Primeau vendit par acte notarié, au défendeur moyennant £125, une terre située en franc et commun soccage. Le *même* jour, 5 octobre 1852, par acte d'échange notarié, le dit Primeau, donna en échange une terre mouvante en la seigneurie de Chateauguay, (dont les demanderesses sont seigneuresses depuis plus de trente ans) au défendeur qui lui donna en contre-échange la terre tenue en franc et commun soccage et qu'il venait d'acheter de lui le même jour.

Les demanderesses alléguaient que ces actes étaient simulés et faits en fraude de leurs droits de lots, que le véritable prix stipulé était de £300, et que la somme de £125 était bien au-dessous de la valeur de la terre mouvante en leur

Les Sœurs v. Primeau.

censive. Le défendeur par sa défense soutenait que ces actes étaient parfaitement sérieux et ne comportaient aucune fraude.

La preuve ne consiste que dans les réponses du défendeur sur faits et articles, (qui d'ailleurs ne confesse rien de défavorable à sa cause,) en sorte que la cour était appelée à décider du caractère de ces actes par leur seul examen.

Per Curiam. La cour est tenue d'adjuger sur les prétentions des parties d'après l'examen des contrats attaqués de simulation et de déclarer si la fraude alléguée s'y rencontre. La question s'est déjà présentée dans les causes suivantes: Lacoste v. Lussier, No. 1711, en 1843; Stephens v. Lefebvre, No. 671 décidée le 26 avril 1853, et Ramsay v. Guilmettre, No. 253. *Vide*, The Law Reporter, page 64, mais d'une manière plus compliquée, par les faits soumis à l'appréciation de la cour. Dans le cas actuel, rien ne peut autoriser la cour à maintenir cette action qui est en conséquence renvoyée avec dépens.

Cherrier, Dorion & Dorion, pour les demanderesses.

Leblanc et Cassidy, pour le défendeur.

(P.R.L.)

MONTRÉAL, 30 DECEMBRE 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

No. 484.

Croteau v. *Quintal.*

SERVITUDE—COUPE DE BOIS.

JUGE:—Que l'extinction de la réserve d'une coupe de bois a lieu, lorsqu'elle a été exercée une fois sur toute l'étendue du terrain réservé.

Dans cette instance il s'agissait d'une action confessoire, rapportée le 1er février 1838, concernant une coupe de bois, que le nommé François Galarneau et son épouse, par acte de vente à François Touin, passé le 7 mars 1777,—*s'étaient réservée, sur un arpent de front du côté du nord-est de la terre jusqu'au bout de sa profondeur, en suivant le désert.* Le demandeur étant aux droits des vendeurs prétendait encore exercer cette coupe sur la portion de terre en question.

Le défendeur représentant François Touin, et possédant cette terre, s'opposait à l'exercice de cette servitude, en alléguant que ce droit avait cessé depuis longtemps, par le fait même du demandeur et de ses auteurs, qui avaient coupé le bois qui existait lors de la stipulation de cette réserve; que le bois qui avait crû depuis la première coupe, ne consistait que dans de jeunes arbres et que d'ailleurs le demandeur ne pouvait exercer le droit de surcoupe qui n'avait pas été stipulé.

Le demandeur répliquait, que son droit de coupe pouvait être exercé par lui, quand bon lui semblerait; à moins que la cour ne fixât un temps dans lequel il serait tenu de la faire, et d'enlever son bois. Les faits ci-dessus rapportés, ayant été prouvés:

Per Curiam. Le droit qu'invoque le demandeur, ne consiste pas dans une servitude perpétuelle, il suffit d'examiner le titre créatif de cette servitude, pour se convaincre que cette servitude est éteinte, par son accomplissement. Il n'existe plus sur le terrain que de jeunes arbres, qui ne peuvent former l'objet d'une nouvelle coupe. Le jugement de la cour est motivé comme suit:

" Considering that the plaintiff hath failed to establish by evidence that he " hath any right or title to a *perpetual servitude* upon the land of the said " defendant for cutting wood, *coupe de bois*, thereupon in manner and form as he " hath alleged, and that it appears that all the wood growing and being upon the " said land at the time of the sale thereof and of the reserve of the said *coupe de* " *bois* by François Galarneau and his wife to François Touin on the 7th March, " 1777, had long before the institution of this action been cut and disappeared " from said land, doth dismiss the action of the plaintiff, with costs."

Croteau v. Quintal.

Hemming et Lunn, pour le demandeur.

Drummond et Loranger, pour le défendeur.

(P.R.L.)

MONTRÉAL, 30 DÉCEMBRE 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

No. 365.

EX-PARTE *De Beaujeu.*

CERTIORARI.

Jugé, que la cour n'accorde pas de frais contre un officier public.

Per Curiam. Le jugement dont la révision a eu lieu en cette cause en vertu du writ de Certiorari émané en cette cause, est cassé et mis au néant, pour les raisons énoncées en l'affidavit circonstancié du requérant ; mais *sans frais*, car dorénavant, en vertu des pouvoirs discrétionnaires qui nous sont conférés par le statut 18 Vic., ch. 97, § 2, nous ne donnerons pas de frais dans de semblables affaires contre un officier public qui n'est poursuivant que dans l'exécution de son devoir.

Ouimet, Morin et Marchand, pour requérant.

R. & G. Laflamme, pour Moreau, J. P.

(P.R.L.)

MONTRÉAL, 30 DÉCEMBRE 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

No. 480.

Lewis vs. *O'Neill, et Holbrook*, adjudicataire.

WRIT DE POSSESSION.

Octroi d'un writ de possession en faveur de l'adjudicataire.

Le shérif du district de Montréal ayant adressé *de proprio motu* son warrant à un huissier, pour mettre en possession l'adjudicataire, et l'huissier lui ayant fait rapport que la veuve du défendeur, décédé, refusait de quitter la propriété vendue, le shérif fit un rapport spécial de ces faits, qui fut produit le 1er décembre 1856. Une règle pour un writ de possession ayant été prise et signifiée à la veuve du défendeur, le 20 décembre 1856, et rapportée le 27, fut déclarée absolue le 30 du même mois.

Cross & Bancroft, procureurs de l'adjudicataire.

Vide 41 Geo. III., ch. 7, § 14.

(P.R.L.)

MONTREAL, 30TH DECEMBER, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

No. 2527.

Tidmarsh vs. *Stephens et al.*

PROCEDURE.

HELD:—That when two attorneys, partners, appear for a party, one of them having left the District, the other may continue the procedure in his own name.

Carter & Kerr, two attorneys practising together at Montreal, appeared for the plaintiff. Subsequently Kerr removed to Quebec to practise. The case went to appeal on an interlocutory judgment, and Carter alone appeared for the plaintiff in the upper Court. The appeal was dismissed, and Carter inscribed the case on the Rôle d'Enquête, the inscription being signed "Edw. Carter," and not "Carter & Kerr." The defendants took no notice of the inscription; but next term, without loss of time, moved to reject the papers fyled, signed "Edw. Carter," and all the depositions taken at the said Enquête.

Rose, Q.C., and *Ramsay*, contended that defendants were not obliged to pay any attention to papers signed by "Edw. Carter";—that without a substitution of attorneys being allowed by the Court, in the terms of the XXth Rule of Practice, "Edw. Carter" had no right to fyle or sign any papers in the cause; that if Carter could fyle papers signed by himself, so could Kerr; and that, if such an irregularity were allowed in practice, it would cause the greatest confusion; that Kerr, though residing at Quebec, could still practise before this Court.

Carter, contra, cited the case of *McDonald and Hood*, decided in the Court of Queen's Bench, in 1855. He further urged, that there had been an acquiescence on the part of the defendants, they not having objected at *enquête*, and that, therefore, the application came too late; moreover, that the other attorney, Kerr, was no longer a practising attorney in this District.

Smith, J., said: This point had been already decided in the case of *McDonald and Hood*, and the Court thought this ruling correct. In addition to this, he did not know whether it was the opinion of the other members of the Court or not, but it was his, that a party complaining should move at the beginning, and never acquiesce, as he thought the plaintiff had done by not making his objection at Enquête.

Day, J., observed, that he had some difficulty in concurring with the majority of the Court; but he would not enter a formal objection, as it was of little importance which way it was decided, so that a rule were established one way or the other.

Motion dismissed.

Carter & Kerr, attorneys for plaintiff.

David & Ramsay, attorneys for defendants.

In the case of *McDonald and Hood*, Monk and Buchanan appeared in the Superior Court as attorneys for plaintiff, Hood; and Mack and Muir as attorneys for defendant. Subsequently, Badgley and Abbott were, on motion, substituted for the former, and they fyled a *Debats de compte*, of which Mack and Muir, for defendant, accepted service. To the *Debats de compte*, the defendant fyled a general answer, signed "W. Gordon Mack," and Badgley and Abbott "received copy," without objection. W. Gordon Mack and Badgley and Abbott then mutually consented, for the parties in the cause, that the evidence taken in principal action, which evidence had been previously rejected by a judgment setting aside that and other proceedings as irregular, should also stand for the evidence on the *Debats de compte*. Mack and Muir again acknowledged to have "received due notice" of re-inscription on the *Rôle de Droit*, for hearing on merits. Parties were heard, no notice was taken of the irregularities in the procedure, and plaintiff obtained judgment. Defendant appealed, and contended that the consent having been signed by "W. Gordon Mack," and not by "Mack and Muir," was bad. The appeal was dismissed, and the judgment of the Court below was confirmed.

(T.K.R.)

MONTREAL, 22ND SEPTEMBER, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 166.

Bell vs. *Leonard.*

APPEARANCE BY DEFENDANT.

HELD:—That no defendant is bound to appear between the 10th July and the 31st August, both inclusive.

The writ in this cause was returned on the 12th August, 1856. On the 14th, no appearance having been fyled, a default was entered against the defendant in the usual course. On the 1st September, however, an appearance by B. Devlin, Esquire, advocate, was served upon the plaintiff's attorneys, Messrs. Hemming and Lunn, but the Prothonotary refused to fyle it, in consequence of the default having been previously entered. On the 19th September, motion was made on behalf of the defendant to have the default taken off, and to be allowed to appear, on the ground that an appearance had been duly presented at the Prothonotary's office within the delay prescribed by law. It was contended, in support of the motion, that the 10th section of 16 Vic., c. 194, in providing that no party to any suit before the Superior Court at Quebec or Montreal should be compellable to proceed therein between the 10th July and the 31st August, both inclusive, in any year, or should incur any forfeiture, penalty or disadvantage, by refraining from so doing, was intended to apply to the fyling of an appearance as well as to the subsequent proceedings in a cause; and, therefore, that the defendant in the present case had complied with the requirements of the law in offering his appearance on the 1st September.

Day, J., in delivering judgment, said he had no doubt of the right of the defendant to have the default taken off; he was not bound to appear before the 1st September. At the same time, he thought the entry of the default was correct, and must be taken off at the cost of the defendant, for the latter might have appeared in vacation if he thought fit, and the plaintiff could not foretell that he intended to appear in September.

Hemming & Lunn, attorneys for plaintiff.
B. Devlin, attorney for defendant.
(A.H.L.)

Motion granted.

MONTREAL, 23RD DECEMBER, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

No. 2663.

McGrath vs. *Lloyd.*

HELD:—That, in an action on a contract for building a house and furnishing the materials, the rules of evidence derived from the English Law must regulate the admissibility of witnesses.

This was an action by a contractor on a contract for building the brick and stone work of a house, and for furnishing the requisite materials. At the En-

McGrath v. Lloyd.

quête the plaintiff produced his son as a witness, and the defendant objected to his being examined, on the ground that he was within the prohibited degrees of relationship to the plaintiff.

After argument at the Enquête Sittings, the objection was maintained, and the witness rejected by Mondelet, J., on the ground that the distinction contended for by the plaintiff between his demand and that of a mere workman, resting upon the fact of his having contracted to supply materials, could not be recognized as material; and that, therefore, the matters in issue were not "facts concerning commercial matters" within the meaning of the Ordinance.

In the December Term, 1856, *Abbott*, for plaintiff, moved that this ruling of His Honor at Enquête should be revised and reversed, and the witness admitted to give evidence; and on the 23rd of the same month, in support of the motion, contended that the matters in issue acquired the character of "commercial matters," from the fact that an outlay of capital was contemplated by the contract as well as mere labor; that such outlay of capital constituted the true test by which to decide whether the contract was to be considered as a commercial matter or not (1 Pardessus, *Droit Com.*, p. 50, No. 36; McKay & Rutherford, in appeal before the Privy Council, 13th Jurist, pp. 21, 2, 3), and, consequently, whether the rules of evidence derived from the French or from the English system were to govern the admission of testimony.

Ramsay, contra, contended that the terms of the Ordinance introducing the rules of evidence laid down by the Laws of England in certain cases, limited the application of such evidence to the greater operations of trade, and could not be supposed to include every transaction which incidentally partook of a mercantile or trading character. That the contract to build a house, even where the contractor furnished the materials, was not a contract of a commercial nature, as there was no sale to defendant of the materials, which only became the property of the owner of the house at the moment they were incorporated as a part of his immoveable property.

Abbott, in reply, was stopped by the Court.

Day, J., observing that the point was well settled, that the agreement to furnish materials gave to this transaction that commercial character which authorized the admission of the English Rules of evidence.

Motion granted.

Abbott & Baker, attorneys for plaintiff.
David & Ramsay, attorneys for defendant.
(J.J.C.A.)

MONTREAL, 30TH DECEMBER, 1856.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., BADGLEY, J.

No. 1735.

Syme et al. vs. *Heward.*

HELD:—That where a broker, in both bought and sold notes, assumes to be the mutual agent of the parties interested, the mere fact of his being a broker will raise no legal presumption of his being such mutual agent; and in the absence of sufficient evidence of his being authorized by both parties to sign bought and sold notes, they will not constitute a valid memorandum in writing within the Statute of Frauds.

This was an action of *assumpsit*, against the defendant as a commission merchant and broker, for the recovery of £1000 damages; and the declaration was composed of three counts. By the first count, the plaintiffs alleged that they, acting by J. & R. Esdaile, brokers, their agents in that behalf, did buy from the defendant, acting by the same brokers, on the third of September, 1855, at Montreal, 1000 barrels of good Upper Canada Fall Wheat Superfine Flour, inspected and in shipping order, at 36s. 10½d. per barrel, deliverable from 1st to 15th October, then next, in lots of not less than 500 barrels of one brand, and that the terms were cash, on delivery of each lot. That the plaintiffs had been always ready to carry out their part of the contract, but that the defendant had hitherto refused to carry out the same, although specially called on so to do, through the ministry of Gibb and his Colleague, notaries, on the 15th of October, 1855. By the second count, the plaintiffs alleged that they, acting through the said J. & R. Esdaile, agreed as aforesaid with the defendant, represented by his clerk and general agent, who was acting by and through the instrumentality of the said J. & R. Esdaile; and by the third count, the plaintiffs alleged that the defendant in so acting, through his said clerk and general agent, pretended to act as a broker for some person or persons unknown; that being called on by the said J. & R. Esdaile to name the principal or person for whom he was so acting, he, the defendant, refused and neglected to do so, and that thereupon the said J. & R. Esdaile, acting for the plaintiffs, treated the said defendant as the principal, and delivered to him and to the plaintiffs a contract note accordingly. Breaches of these agreements were set up, alleging damages to the plaintiffs, in consequence of the rise in the price of flour, to the extent of £500.

The pleas to the several counts denied that defendant was a commission merchant; and were further shortly to the effect, that neither the Esdailes nor the defendant's said clerk were ever authorized to enter into any such agreement; that no such agreement was ever in fact entered into by the said clerk, that at the date of such pretended agreement, and for some time immediately preceding, and subsequently, the said clerk was intoxicated and wholly incapable of making such agreement; and that he, the defendant, was at the time absent from Lower Canada.

The replications in substance asserted, firstly, that A, the said clerk and general agent, was known to the defendant to be a person of intemperate habits; that at the time of the transaction in question he did not appear to be in the slightest degree intoxicated, and that if he were, without appearing to be so,

Syme et al. v. Heward.

the defendant who appointed him, knowing his habits, must suffer any loss, and not the plaintiffs who were treating with him in good faith, in ignorance of his condition, and

Secondly,—That at the time of the sale, A was in reality perfectly sober, and in full possession of his faculties.

Abbott, for plaintiffs, contended that the evidence of record conclusively established that during the whole summer of 1855, and for a long period after the transaction in question, A had acted in the capacity of general agent of the defendant for the management of his entire business in produce, with the knowledge and sanction of the defendant; that the defendant's conduct with regard to A had unmistakeably indicated him as such general agent and manager; and that it is a well established rule of law that an agent may bind his principal under an implied authority, derived from his principal's general course of dealing.

Story on Agency, § 54, 5, 84, et seq. 1 Bell's Com. 479. Paley on Agency, 161 et seq., 168, 170, 198, 199. Smith's Mercantile Law, 111, 112. 3 B. & C. 38. Chapman *vs.* Partridge, 5 Esp. 256, 4 Nev. & M., 559. Russell on Factors, p. 60.

That an agent employed to manage a particular branch of business is the general agent of his employer as regards that business, and will bind his principal as to all matters within the ordinary scope of the branch of business for which he is such general agent.

Russell on Factors, p. 75 et seq. Paley on Agency, p. 200, note. Storey on Agency, 126, 127, note 2. Smith's Mercantile Law, 113, 114.

That though no sale made by A for defendant of exactly the same description as the one now in question had been brought home to the defendants, others varying from it in principle in no material degree had been proved; and it had been shewn that this species of sale was as much within the ordinary scope of the business for which A was such general agent and manager as others which had been made by him and carried out by the defendant; and that it was sufficient to prove acts of a similar general character without proving any of the precise *specie* of the one in question.

Paley on Agency, p. 200, note. Ib., 175 note. Commercial Bank of Lake Erie *vs.* Morton, Hill, 501.

That the business of a broker was to make sales of every description, and was no more confined to sales for immediate delivery than to sales for future delivery, or *vice versa*, and that under all the circumstances the plaintiffs were entitled to treat A as defendant's agent, under an implied authority, and held him liable by so doing; but, apart from such implied authority, the notarial procuration to manage all defendant's commercial affairs and business was sufficient. Bell's Comm., 478.

That the evidence of record shewed that on the 10th of September, A communicated the sale in question to defendant in Upper Canada, who corresponded with him on the subject, by telegraph, without expressing any dissent; that on defendant's return he was written to on the subject, on the morning of 14th September, and until the evening of the 15th, though in constant inter

course with the Esdailes, made no objection to the sale, but expressed his desire to carry it out, if possible; and that by this course of conduct defendant gave the acts of his agent an implied sanction.

Story on Agency, § 257, 8. 1. Livermore on Agency, 394. Paley, 172. The non-return of the sold note was evidence of sanction. Gale *vs.* Wells, 1 Car. and P., per Best, C. J. Sioveright *vs.* Archibald, 17 Q. B. Rep. 104.

Again, that it being thus established that A was fully authorised to make the sale in question it was proved quite as conclusively that, being so authorised, he had completed it. Mr. John Esdaile's testimony shewed that A came to him to sell the flour; that the plaintiff authorised him to buy it; that he agreed with A upon the terms and upon the price which was to be inserted in the contract note; in all which A acted as defendant's agent. That after the bargain was completed he demanded a principal, and was informed that defendant was selling, or, as A expressed himself,—"*we* are selling" for several persons, and had not decided to whose account to place the sale; that he then treated defendant as principal; made the usual note in his broker's book; sent the bought note to plaintiffs, and the sold note to defendant, which was never returned though received by A himself. That after the receipt by A of the sold note, made out in defendant's name as principal, A again promised to send in the name of the actual principal, but did not do so. That the correspondence and conversation already adverted to, as shewing a tacit ratification of the sale by defendant was equally applicable as affording conclusive evidence of A's concurrence in the acts of John Esdaile; and that these circumstances established incontrovertibly that A did act upon the powers he possessed, and did authorise the Esdailes to make the sale as alleged.

That the bargain having been thus completed by parties authorised to make it, it became the duty of the defendant, through his agent A, to indicate the principal for whom he was making the sale, and, in the event of his refusing or neglecting to do so, the plaintiff had a right to treat him as the principal.

Russell on Factors, 287, 288. Story on Agency, § 266 to 270. Paley, 371, 2, and cases there cited. 2 Livermore on Agency, 247. But they had a right still to endeavor to discover the real principal, and, if found, to hold him also. Story on Agency, 267, 291. Paley, 217, 249.

That the requirements of the Statute of Frauds as to the proof of the contract, had been satisfied by the production and proof of the bought note, and the legal proof by secondary evidence after notice to produce, of the identity of the sold note with the bought note; and that the bought and sold notes so proved constituted a memorandum in writing, signed by the parties to be charged or their agents thereunto lawfully authorised within the meaning of the statute.

That both parties were to be charged under the terms of the bargain as alleged, the one to receive and pay the price, the other to deliver the flour. The brokers were first applied to by A for defendant, they obtained authority from plaintiff to purchase; and, as soon as, in the exercise of their functions, they had completed the bargain, it was their duty and business to make and sign a memorandum of the terms, (contract note) and to make, sign and send counter-

Syme et al. v. Heward.

parts (bought and sold notes) to the contracting parties; and, having done so, either the contract note, or the bought and sold notes, constituted a sufficient memorandum in writing to bind both parties within the Statute of Frauds. That the Esdailes had full authority from defendant, through A, to sign the contract note, or bought and sold notes, cannot be doubted, for John Esdaile proves that what was to be inserted in the contract note entered into the discussion, and was settled upon between them; and the subsequent implied sanction of both A and defendant has been already adverted to.

The Esdailes, therefore, either as brokers, or as the mere agents of both parties, could bind both by their signature to a memorandum in writing of the sale, and this does not depend upon any official character in the broker, but upon the nature of his business and of his authority.

The rule appears to be that any one except the opposite contracting party may sign a valid memorandum for both.

Smith's Mercantile Law, pp. 495, 6, 7, 8.

For instance, an auctioneer's clerk may do so.

Bird *vs.* Boulter, 4 B. and Ad. 443.

An auctioneer may do so.

Hinde *vs.* Whitehouse, 7 East 558. Emerson *vs.* Heelis, 2 Taunt 38. Williams *vs.* Millington, 1 H. Black 85. McComb *vs.* Wright, 1 Johns 659.

A broker's clerk may do so.

Henderson *vs.* Barnewall. 1 Younge *vs.* Jervis, 395.

In England a broker, when the bargain is completed, becomes the agent of both for the purpose of signing the memorandum, and the bought or sold notes, as the case may be, constitute the proper evidence of the contract, if they do not differ.

Emerson *vs.* Heelis, 2 Taunt 38. Rucker *vs.* Cammeyer, 1 Esp. 105. Goom *vs.* Aflalo, 6 B. & C. 117. Hawes *vs.* Foster, 1 M. & Rob. 368. Chapman *vs.* Partridge, 5 Esp. 256. Long on Sales, p. 192. Smith's Mercantile Law, 497. 2 Starkie Ev. Pt. II., pp. 1196, 1197. Russell on Factors, pp. 5, 66, 67. Grant *vs.* Fletcher, 5 B. & C. 436. Thornton *vs.* Kempin, 5 Taunt 786. Soame *vs.* Spencer, 1 D. & R., 32. Chitty on Contracts, 402.

Even if the broker is originally entirely the plaintiff's broker.

Gale *vs.* Wells, 1 Car. & P. 388. Hicks *vs.* Hankin, 4 Esp. 114.

It is sufficient to produce and prove the note delivered to the party claiming the fulfilment of the bargain. If the other rely upon a variance between the notes he must produce his note and prove it.

Hawes *vs.* Foster, 1 M. & Rob. 368.

In the United States, also, the broker employed to make the sale or purchase is the agent of both parties within the Statute of Frauds, for the purpose of signing the memorandum.

Story on Sales, p. 67, § 87. Clason *vs.* Bailey, 14 Johns 684. Davis *vs.* Shields, 26 Wendell 341. Highmore *vs.* Molloy, 1 Aik. 206. Story on Agency, § 28, 30, 31.

In this country there have been frequent cases before the Courts, both in Upper and Lower Canada, in which brokers' contract notes were the basis of the action, and their right to bind both parties by their signature to a memorandum has not hitherto been doubted; while their existence is taken notice of in several statutes.

As to the alleged intoxication, it was contended for the plaintiffs that there was no evidence of intoxication at the time of the sale, but the positive declaration of the Esdailes to the contrary; only one witness for the defendant swore to A's being intoxicated on the day of the sale; and he himself proves that A left the office in comparative, if not complete, sobriety, from one to two and a half hours before the transaction took place.

The plaintiffs, therefore, have established the authority of A, both by implication and by proof of a written procuration; the making of the bargain, and of the requisite memorandum, and the sanction by implication of both by the defendant; they have also proved a demand of the flour, and a tender of the price; and should have judgment for the damage caused by non-delivery.

Cross, for plaintiffs, followed to the same effect.

Bethune, for defendant:—From the evidence of record it was satisfactorily proved that, at the time of the pretended contract, the defendant's clerk, who is said to have effected it, was so far under the influence of intoxicating drink as not to be in an agreeing mind, and that, therefore, the contract was null and void in law. Puffendorf, p. 218. Pothier on Obligations, No. 49. 6 Toullier, No. 112. Smith on Contracts, p. 233 (Eng. Ed.), 111 (Am. Ed.), and note. Chitty on Contracts, p. 139, 141, and note, 6th Am. Ed.

The defendant's clerk had no authority to bind defendant to any such contract, the business usually entrusted to him being confined exclusively to the commission branch of the defendant's business, involving only what are technically known as "sales on the spot;" the brokerage part of such business, and what may be technically denominated "speculative sales," having in every instance been attended to by defendant himself. And, although in the written power of attorney produced, special authority is given to take possession of goods, collect and adjust accounts and sign checks and drafts, there is a total silence as to the sale of goods, and more especially in regard to any bargaining for the sale of such goods at speculative distances of time. Moreover, supposing even for argument's sake that defendant's clerk had the required authority to enter into such a contract as the one in question, it is nowhere proved that he actually did so.

It is enough to say, in regard to the pretension of the plaintiff's counsel, that the defendant by his subsequent acts in effect ratified the contract, that such pretension is not borne out by the evidence; on the contrary, both the Esdailes admit that the defendant always denied the clerk's authority, and when called on for the first time formally to carry out the contract, he distinctly refused in writing to do so.

Independently of all other considerations, there was no memorandum in writing of the alleged bargain made and signed by the parties to be charged by it or their lawfully authorized agents, as required by the Statute of Frauds. It is

Symes et al. v. Heward.

true, the Esdailes affected to act as the mutual agents of both the plaintiffs and defendant, by signing bought and sold notes to that effect, but not only was there a total absence of power in the defendant's clerk to delegate any such authority to the Esdailes, but no such delegation of authority did in fact take place, and the notes, moreover, are signed by the Esdailes as brokers, simply in their individual names, and not in the names and as the agents of the parties whom they affected to bind. In England, such individual signature of a broker, where he is clearly the agent of both buyer and seller, is doubtless held to bind both, but there, as in France, the broker is a commissioned and sworn officer, whereas in this country he has no recognised official character whatever.

As to official character of broker in England, *vide* Statute of 1 James I., ch. 21, and subsequent Acts.

As to distinction observed in England, where party signing is an ordinary agent and not a broker, *vide* case of Graham et al. *vs.* Musson, 5th Bingham's New Cases, p. 603.

And as to official character of broker in France, *vide Manuel des Courtiers de Commerce, par A. Durand Saint Amand, Passim, Mollot, Bourses de Commerce, Liv.* 2, No. 60. *Liv.* 3, Nos. 712, 741, 800. And, as regards formalities connected with execution and authority of contract note or *Bordereau* in France, same work, *Liv.* 3, No. 807. *Liv.* 2, Nos. 218, 219, 220, and *seq.* and Appendix No. 13, p. 791.

Rose, Q.C., for defendant, relied on the absence of authority in the clerk to bind the defendant, and on the want of proof of his having in any way authorized the Esdailes so to bind him and sign the contract note on his behalf.

Vide Hawes *vs.* Foster, 1 M. & R. p. 368; Gregson *vs.* Ruck, 4 Q. B. p. 737; Thornton et al. vs. Meux, 1 M. & M. p. 43; Smith on Sales, p. 76 & 77; Blackburn on Sales, p. 91 & 115; Story on Sales, p. 210, § 266; 2 Meeson & Welsby, p. 653; Russell on Factors, p. 49 & 311; Paley on Agency, p. 163, 179 & 198; 2 Campbell, p. 338; Chitty on Contracts, p. 317.

Mondelet, J. This was an action to recover certain damages arising from the non-delivery of a quantity of flour according to agreement. There were three counts in the declaration setting out the original sale in three different ways. 1. As a sale made by defendant of the flour in question to plaintiffs through John & R. Esdaile, brokers. 2. A sale made by defendant, by the agency of his clerk, to plaintiffs, through the Messrs. Esdaile; and 3. A sale made by defendant, through his clerk, to plaintiff, without mentioning the Messrs. Esdaile. So that here we have the sale of the flour alleged to have been made by three different parties, and must, therefore, be considered as three different contracts. The parties in the cause had taken no objection to this, but his Honor thought that it was the duty of the Court to take notice of such fact, as he was of opinion that no judgment could be rendered on the declaration as it stood, inasmuch as the plaintiff had given no notice as to which count he intended to rely on. His Honor would have dismissed the action on this ground alone, but his opinion was not concurred in by the majority of the Court.

The first question, then, that arose on the merits, was whether the defendant's clerk was authorized by him to effect the sale in question. The majority of the Court were of opinion that he was not. He might have been authorized to have made cash sales, but it did not appear that he had power to make speculative sales. The next question was, whether his clerk, supposing him authorized to make such sale, was in a fit state to transact business at the time he made the sale in question. From the evidence, it appeared that on the 3rd of September, when the sale took place, the clerk was under the influence of liquor, and unfit to transact any business from 2 p.m. to 5 p.m. There certainly was some contradiction in the evidence as to this point; for the two Messrs. Esdaile say that he was not intoxicated. His Honor had no wish to reflect upon the character of these gentlemen. They certainly asserted that they were discharged from any responsibility, but when questioned as to the discharge, they could not produce it. But even supposing that they were discharged, their evidence was still open to a moral suspicion, inasmuch as they were interested in showing that the clerk was not drunk at the time, as their character was at stake for prudence in dealing with a man in such a state. Yet, there was sufficient in the evidence of Mr. John Esdaile to satisfy His Honor that the clerk could not have been in a fit state to transact business at the time of the sale. Mr. Sharpley's evidence went to show that at 2 p.m. the clerk was in a state of intoxication, and that he remained lying on a sofa in the office, with a newspaper over his face, until a quarter to three; and that on Sir G. Simpson coming into the office, he got up and spoke to him as he went out. Mr. Esdaile said, that he did not think that the sale took place at the time mentioned; but Mr. Sharpley stated that the clerk had spoken to him about a sale which agreed in its particulars with the one in question. Now, Mr. Esdaile, on cross-examination, said, that if at 2 o'clock the clerk was in the state described by Mr. Sharpley, he could not have been sober enough to transact business at 5½ p.m. This, it must be remembered, was evidence brought up by plaintiff, and, therefore, the more weight ought to be attached to it. His Honor stated that, not having the advantage of any practical knowledge of the subject, he would not take upon himself to contradict Mr. Esdaile on this point. Now, the sale must have taken place either a short time before the clerk came into the office, in which case he must have been in the same state, or after his leaving, when the sale could not have been valid, as he is proven not to have been in a fit state to transact business at that time. His Honor might mention that there were three witnesses who placed beyond doubt the state that the clerk was in. Another question then arose, namely: granting the sale not to have been valid at the time it was entered into, whether or not the defendant had since ratified it. His Honor said, that he found that the defendant had repudiated the sale, immediately that he was notified of it. A good deal was said as to his intention to carry out the sale, such being inferred from the telegraphs that passed between defendant and his clerk; but we have the letter of defendant in the record, which is as distinct as possible in its terms to the opposite effect. The next question that arose was, whether the Esdailes, signing the bought note as brokers, could bind both parties. The learned

Syme et al. v. Heward.

President of the Court would speak more fully on this point, but His Honor thought that in this country brokers had not the same position here as they had in England or in France, and that they could not bind both parties; and, moreover, there was nothing in the record to show that they really were the agents of both parties. The fifth and last question was, whether the contract note not being signed by the party to be charged, but only by a broker, the contract was valid under the Statute of Frauds. The majority of the Court were of opinion that the note was not covered by the Statute of Frauds.

Badgley, J. This action has been instituted in damages by Syme & Co., merchants of this city, against Heward, a broker and commission merchant, for breach of contract in the non-delivery of a quantity of flour, the article having risen in price after the sale, and before the period of delivery arrived.

The agreement is alleged to have been made between the parties, in the absence of Heward from Montreal, by A, his clerk and general agent, and the Messieurs Esdailes, brokers of this city, through whom the transaction is declared to have been perfected for both parties. The declaration has adopted the recognized practical forms, and, to meet the proof advanced, has been divided into three counts; in the first, setting out the agreement as if made directly between the parties by their agents the Esdailes; in their second, setting it out as made by Heward, acting by A, with the plaintiffs, through the Esdailes, as agents of both; and in the third count the agreement is set out as made with the plaintiffs through the Esdailes, by Heward acting as a broker for an undisclosed principal, through the same Esdailes thereto authorized on Heward's behalf by A. The remainder of the declaration contains the usual averment in support of such a claim. The defence of Heward denies his being a commission merchant, and any authority in A or the Esdailes to make such sale; alleges that it was not made; that A was intoxicated at the time; and unable to contract to the knowledge of both plaintiffs and Esdailes; and that he, Heward, was absent from Montreal at the time. The reply of plaintiff sets up a general power of Attorney by Heward to A; asserts A's authority, as clerk and agent of Heward; his acquaintance with A's habits before his departure and since his return, and, denying any appearance of intoxication, insists upon Heward's liability for A's acts to parties contracting with him in good faith and in ignorance of his incapacity to transact such business, and also deny the alleged intoxication. The transactions leading to the action are to be found in the following statement of facts, extracted from the testimony of record. Heward has been long established as a broker in this city, during which he has had extensive transactions in the produce market, as a broker, and has also received and sold large quantities of flour, &c., consigned to him for sale. His sales have been often made and carried out without his having named any principal, and without delivery of brokers' notes; and have also frequently been made on time and to arrive; which latter sales are proved to have been and to be common transactions in the market and in the trade, forming a portion of the ordinary business of a broker. Heward's acquaintance with A, and with his habits for years, is established, as well as A's engagement with Heward in April, one thousand eight

hundred and fifty-five, as Heward's produce agent, and the continuance of his services in that capacity, until long after the transaction in dispute. Heward's adoption and recognition of A's sales and transactions for him before his departure and during his absence; his authority to A under a notarial procuration of the 20th August, 1855, by which A is authorized to transact, manage and conduct all the commercial affairs and concerns in which Heward is interested; the general impression among the commercial body of A's authority as agent before and since his departure; and that sales on time were within the scope of Heward's business and A's agency, are also in evidence. It is proved that about the third day of Sept., 1855, A, as such agent, was openly in the market offering flour for sale on time; that plaintiffs authorized the Esdailes to purchase a certain quantity for a named price, and that in consequence, after some discussion about prices, &c., the bargain was contracted between A, as Heward's agent, and the Esdailes. It is also sworn that A made what is called a hard bargain, refusing to pay the Esdailes' brokerage and throwing it upon the plaintiffs; that he secured very nearly his own price, and refused to take less than 36s. 10½d. per barrel, saying it would cost 35s. to lay the flour down in Toronto. The acceptance of these terms by the plaintiffs, and the final closing of the bargain, in all respects, between A, as Heward's agent, and the Esdailes; the neglect on the part of A to disclose the principal in the sale, on the ground that defendant had flour from several, and did not know to whose account he would charge it; the agreement expressly made with Esdaile respecting the price to be inserted in the contract note; the regular entry of the transaction in the brokers' book, and the making and delivery of the bought and sold notes to the plaintiffs, and at the defendant's office, by Esdaile, are all in evidence. The bought note delivered to plaintiffs is produced and proved, and it is further proved that the counterpart note was given to A himself, who put it into his desk in Heward's office; and that it was in all particulars similar to that produced in this cause by the plaintiffs, containing the names of the seller and of the purchasers, the quantity and price of the article, and other particulars of the transaction, with the signature of the Esdailes, as brokers. Telegraphic communications are proved to have passed between A and Heward on the subject; A notified Heward of the sale after its completion; and upon Heward's demand for the name of the person on whose account he had made the sales, and for the terms and the quality, gave him information on these subjects, which Heward received without objection. Heward returned on Sept. 13th, had communications with the Esdailes for the greater portion of the 14th and 15th; endeavored to procure the flour to carry out the agreement; and finally, only on the evening of the 15th, repudiated the contract, offering at the same time a compromise of six pence per barrel.

The chief contestation in this cause rests upon the law of agency, and its applicability to this transaction. The existence, functions, and official positions of brokers in this community are subsidiarily in issue, whilst the defence based on intoxication is governed by another set of legal principles.

Syme et al. v. Heward.

A's authority, as general manager and agent of Heward's produce business, to make such sales as the one now in contest, is made fully apparent by the proved scope and nature of Heward's business, which is shewn to include such sales by A's general recognition among commercial men, and by Heward himself, as his produce agent before and since the transaction in question, and by the terms of the notarial power of Attorney produced. The plea in defence in fact does not deny A's agency, but only the want of authority to make this transaction, whilst the defence, on the ground of intoxication, impliedly admits the contract, but would set it aside from A's want of capacity, not of authority to contract.

The extent of an agent's authority is regulated not necessarily by the authority which he actually receives from his principal, but by that which the latter allows him to assume. Third parties have a right to look to the position of the parties, and are not bound by the private communications or instructions which may pass between them. Thus by the principal's recognition of similar acts of his agent, or his retention by the principal to do a certain business for him, the principal, *quoad* third parties, accredits the agent to the full extent of such business, and *confers upon him all the powers possessed by himself therein.* "The agent may "bind his principal under the implied authority derived from the principal's "course of dealing; and when employed to manage a particular branch of busi- "ness, is a general agent for that branch, and as such general agent will bind "his principal as to all matters within the scope of the branch of business for "which he is such agent."

This liability must, of course, rest upon sufficient proof, and proof of acts of similar general character, indicating the general agency for the branch of business to which the sanctioned as well as the disputed transaction belongs, is sufficient without evidence of acts of the precise kind of the one in question. Without such principles as these there would be no safety in commercial transactions, and they are stated in the language of the authorities rather than in that of the Judge expressing this opinion, a course which will be followed hereafter when reference to law becomes necessary. Examining then the position of A as shewn by the evidence, by these rules it assumes all the characteristics of that of a general agent for defendant's produce business. This authority, though general, must not, however, be confounded with what is termed an universal authority, as it is limited and restricted to the transactions and concerns appurtenant to the particular business for which he is such agent, and his acts bind his principal if within the ordinary scope of that business; and it has been shewn that the transaction in question was within the ordinary scope and course of defendant's produce business. In the case in hand these implications of authority become certainties under the comprehensive and express terms of the notarial procuration, the guarded limitation of A's authority in the plea in defence to the action that he was not authorized to make this transaction; and the evidence of record. It must therefore be concluded that the plaintiffs had a right to treat with A as defendant's agent, fully authorized for all the purposes of the transaction in question.

But the presumption of A's. authority afforded by his previous dealings; independently of the express terms of the procuration, was confirmed, and a sanction implied, by Heward's conduct after the sale, in communicating with A. on the subject without objection; remaining quiescent, and expressing no dissent then, nor in his communications with the Esdailes after his return until the afternoon of the 15th; endeavoring to procure flour to implement his contract, offering a compromise, and failing in these only repudiating the contract, on the 15th of September, as already mentioned. From all this array of facts, and from the principles of law applicable to them, A's. authority appears to be altogether indisputable.

The question of Heward's personal liability for an undisclosed principal is clear. The law requires such disclosure at the time of the contract, and any concealment or refusal to make him known, binds the agent personally. In the case of foreign principals, agents are necessarily held liable personally, whether named in the contracts as agents or not. The presumption in such cases is that the credit is given to, or the contract made with, the agent exclusively; and the same presumption arises if the agent omit, or refuse to name the party for whom he professes to act. Here the Defendant by his agent A., omitted or declined to name a Principal, and therefore clearly gave occasion to his being himself treated as principal in the transaction.

The defence to the Plaintiff's action has in some degree turned upon the proposition that the broker's notes do not constitute a memorandum within the meaning of the Statute of Frauds; and the English authorities, which would settle this point in favor of the Plaintiffs, are attempted to be set aside, on the ground that their notes are considered sufficient in England under this statute, because of a species of official character which it is supposed Brokers possess there; and that from the asserted want of that official character in the class of commercial agents among us designated and recognized as brokers, their notes would not be a sufficient memorandum in this country. To this it might be sufficient to answer that the functions of a Broker *qua* Broker, have but little relation to this action, which turns principally upon a question of commercial agency independent of any distinction arising from a Broker's official position; but that the Esdailes were of that recognized class, and that being such, they negotiated the transaction between the Plaintiffs and A., the recognized agent of Heward, professedly in that character, with the sanction express or implied of both parties, is perfectly true. At the same time, it is considered that the direct evidence of authority to make the memorandum, contained in the evidence of John Esdaile, in which it is plain that the making of the contract note by him, was contemplated at the time of the sale—even without the sanction of both A. and Heward derived from their subsequent acts—is amply sufficient to render unnecessary the consideration of the question, whether their official position has anything to do with the validity of their memorandum. If, however, the authorities be referred to, it will be found that any distinction in the law of this case, which may be based upon any supposed official position of brokers in England, is entirely groundless, and that brokers as a class of commercial agents

Hynes & al. v. Howard.

exist and are recognized as being subject to the rules of law applicable to their branch of business, in every commercial country in the world, and they derive their origin and functions, not from any statute or legislation, but from the wants of the commercial community. In this country, many disputed commercial transactions have appeared in this Court, in which the subject matter has been based upon brokerage transactions, and the want in brokers of official character has been first doubted in this case. It is said, that faith is given to them in England and France, because of this supposed official character, and the statute of James has been cited, as well as a French treatise respecting their history in France. The statute of James itself in the beginning of the 17th century, admits the existence and functions of brokers for "divers hundred years" before its enactment; and after all, that statute was local for the city and liberties of London. So also was that of Anne, in the early part of the 18th century. The requirements of these statutes do not extend to the other commercial cities of Great Britain and Ireland, in which brokers act and are recognized without admission to business before the Lord Mayor and Livery of London. The extra London brokers are beyond the City jurisdiction, and are possibly also under peculiar local regulations. So in France, long before the statute of James, *agents de change*, for exchange transactions, and *courtiers de merchandises*, were known and recognized. The City of Paris, like London, had a special ordinance for her brokers, and subjected them to special regulations. Old Savary tells us, they were known in all the commercial towns of France, that they existed in some, as in Paris, under royal legislation, in others under local regulations alone, and in the great mart of Lyons, and other places, any person of good character might act as a broker, *courtier sans qu'ils avaient besoin qu'ils demandent à personne la permission de l'exercer*, and Rogue adds, *toutes personnes peuvent faire cet état excepté dans les villes on ils sont en titre d'office ou commission.* Trade guilds existed in some of the French cities, *villes de maitrise*, as in London, and the broker was required by local regulations to be admitted as a member of some one trade, and could not act in another, whilst, as already said, in Lyons any one might act, either as *agent de change*, or as *courtier de marchandize sans titre d'office.* French legislation drew a very marked distinction between the *agent de change*, the bill and the exchange broker, and the mere goods broker, *courtier de marchandize*, and subjected the former to precise and special regulations which did not affect the latter, but all *courtiers* brokers, alike whether *à titre d'office*, or independent, enjoyed equal privileges and sanction from French jurisprudence. Their entry book, *Livre journal, fait foi en justice* as evidence, and themselves *sont crus sur leur parole*, were credited on their assertion upon differences between merchants as to transactions which brokers had negociated for them. It is known that they existed among the Greeks and Romans, where probably written agreements were almost unknown, and the brokers explanation established the contracts; and Story says of them:—"Their functions among the Romans were not unlike those which are performed by them among the modern commercial nations, for in *all those nations they are a known if not a necessary order of agents.*" They are spread over every State in the

United States, and are subject to no general law; but the required jurisprudence of the law of their business; though in some few places they are subject to local regulations. In Upper Canada, the statutes of James and Anne are locally inapplicable, yet there, brokers' contracts are of every day occurrence, whilst here they have grown and taken root with the requirements of an extensive and increasing commercial community. Legislation, for their regulation, has in every instance followed their establishment, not preceded it. The want of it for this city, whatever may be its necessity, is no indication of their non-existence, nor does it cast invalidity upon their functions. They are referred to and recognized by name in our provincial criminal statutes, and are subjected to punishment, *eo nomine*, for certain offences, and they are also referred to and recognized as existing in our provincial statute, 10 and 11 Vic. chap. 31. § 28, which names them in connection with bills of sale and written agreements. The jurisprudence of England, France and the United States, indeed of the civilized commercial world, recognizes them under such names as middlemen, *entremetteurs, depositaires, des paroles que les verdeurs et acheteurs se sont respectivement donnes l'un à l'autre en sa presence.* Savary gives the case of a trader at Paris purchasing velvets from a merchant at Lyons through a *courtier*, whose testimony alone was conclusive of the difference in relation to the sale he made. He was the depositary of their mutual agreement, apart from such agency, he appears here as a special agent authorized by the parties. It is therefore evident that the broker, *eo nomine*, is a known commercial agent, and that commercial jurisprudence has given effect to his evidence of contracts entered into by parties through his ministry. It is as such agent that he is to be considered in this cause, because it is only in reference this intermediation is applicable. The seventeenth section of the statute requires in sales above £10 stg., a memorandum to be made, to be signed by the parties or *their agents lawfully authorized*, not brokers, *eo nomine*, but agents. The requirements of the memorandum to satisfy the statute are the insertion of the name of the purchaser *and* seller, the article sold with the price, &c., and the signature of the agent.

The ordinary and usual notes of Brokers who act between parties, and which contains the above requirement, have been held since the existence of the statute to constitute such a memorandum of the contract provided they agree in all material points, and the presumption is always in favor of the similarity between the note produced and that kept back, as in this case by defendant although legally called upon to produce it. If a party rely upon a variance he must produce his note and prove it. The bought and sold notes, which are counterparts of the entry in the brokers book are not sent to the parties for their approbation, but to inform them of the terms of the contract. It has been said that the entry made and signed by the broker constituted the binding contract but it is now a settled law as stated by Lord Denman, "that bought and sold notes are the contract and not what is written in the brokers book, which nobody sees; if there is nothing but the book we must go by that!" The object of the statute of frauds was to secure written proof of contracts between parties and to put an end to litigation upon mere verbal contracts. The extension of mercan-

Syme & al. v. Howard.

tile transactions necessarily required the assistance of agents *entremetteurs* between the contracting parties, whether brokers or others, and only demanded written evidence of the contract, that the requirements of the statute should be satisfied. Jurisprudence has not limited the power of signing a *memorandum* within the statute, for both parties, to brokers alone; but allows it to all agents and finding a class of commercial agents recognized by a commercial community, has adopted their acts and given them special credence. The legal and commercial rule is, that any one may bind a contractingparty by his signature as agent, except the other contracting party. Numerous cases illustrating and establishing this rule are to be found in the books. For example, the auctioneer's clerk may bind both parties even where the auctioneer sues, as the clerk is not identified with the auctioneer, and is considered to be impliedly authorized by persons attending sales to act as their agent for this purpose. So a broker's clerk, if the instructions are given to him, but the broker, his master, could not, because he himself in the case referred to did not receive the instructions. So also an auctioneer is held by implication to be an agent lawfully authorised by both parties to sign a memorandum, which will bind both under the statute; and it is considered that the authority is communicated by the purchaser by bidding; and though no express authority to sign a memorandum is contained in the act of bidding, it is presumed to be intended as the evidence of the completion of the sale. Chancellor Kent says, "an auctioneer is an agent of the purchaser to sign the contract of sale for him as the highest bidder, and writing his name as the highest bidder in the memorandum of the sale by the auctioneer immediately after receiving his bid and knocking down the hammer, is a sufficient signing of the contract, within the statute of frauds to bind the purchaser." So also a broker, not because he is a mere broker, or because of any supposed validity being given to his acts by statute or otherwise, but because he is the middleman, the agent of the parties *dépositaire des paroles;* the *entremetteurs*, and the course of a broker's ordinary business is such that the authority to close a sale or purchase, involves as a necessary consequence the authority to make a memorandum or note of the sale and sign it as evidence of what has been agreed upon between the parties. It is quite evident therefore that the statute did not contemplate brokers in particular, but any person authorised to act for the parties, and that if authorised, a broker is like any other agent capable of binding both by his signature. The only difference probably that exists being, that the broker's regular and ordinary business being to make purchases and sales, and to sign in his broker's book a memorandum or note of such purchases and sales, and to issue bought and sold notes thereof, proof of so minute and special a character of authority to sign such memorandum and notes would not be required, as would be necessary in the case of an agent, acting as middleman for the occasion only, and not by profession. This indulgence, however, is not required for the broker in the present case. In this cause the authority in principle of the agent to bind both parties, and of the notes as proof of the contract has been denied for the first time and apparently contrary to all au-

thority. Domat a most esteemed French jurisconsult says, the broker being employed by persons who have different interests to manage, he is as it were the agent for one and the other to negociate the commercial affair in which he employs himself." In England, the brokers authority to sign the memorandum within the statute of frauds for both parties is undeniable, and it is only where the contract has been shaken by a want of similarity in the delivered notes in some material point that the contract itself is considered as not existing, Lord Tenterden says, "The broker is the agent of both parties, and as such may bind them by signing the same contract on behalf of buyer and seller." Mansfield, Chief Justice, in Chapman vs. Partridge, charged the Jury in favor of plaintiff, because Aytown was the agent of both parties, not because he was a broker. It is manifest that in ninety cases out of a hundred, the parties contracting do not meet; the broker or agent is of necessity set in motion, and employed by one of them directly, and of the same necessity, for the facility and promptitude of commercial transactions, becomes by his intermediation as soon as the terms are agreed upon, the agent of the other contracting party, and having satisfied the statutes by the memorandum binds both parties. Paley asserts, that "the 17th section of the statute relating to the sale of goods, &c, which requires a memorandum in writing by the parties to be charged or their agent does not, make it necessary that the authority should be in writing," and that the rule in all sales made by brokers acting between the parties buying and selling, is that the memorandum in the book and the bought and sold notes transcribed therefrom and delivered by the buyers and seller respectively, have been holden a sufficient compliance with the statute to render the contract of sale binding upon each."

This is the long established guiding rule, whether the parties come together or not, and the British Courts have not undertaken to shake it; nor have they doubted the validity given to the Agent's signature as binding upon both parties, except in the case of dissimilarity in the notes themselves. Mansfield, Chief Justice, says "the Statute is meant to make the obligations reciprocal and to bind equally both contracting parties; the words were not party to be *charged*, but the parties in the plural number meaning that each should be liable on his default. It is evident, therefore, as a result of the authorities, that the Agent's signature is held to bind both parties as the Agent of both.

In the United States no distinction is taken between a Broker and an ordinary Agent; there a Broker occupies the same position he does here, and there also the binding character of his acts upon both parties is unquestioned.

In this section of the Province, the same power to bind both parties by their signatures to the memorandum or notes has been constantly assumed by Brokers, and actions based upon these notes have frequently come before our Courts. In Upper Canada, also, they appear to exercise the same functions, and so late as October and November last, two discussions before Justices McLean and Burns, respectively of George vs. Glass and Bunskill vs. Goodenough have, by their results, acknowledged the position of a Broker as being similar to that already stated, that we may begin a memorandum for both.

Eymo & al. v. Heward.

The official character of the Broker, however, had no influence in the establishment of the Rule either abroad or here.

It may therefore be considered as satisfactorily established in this cause that A. was sufficiently authorized by Defendant to make such a sale as the one in question, that the Esdailes were employed by him to make it and did so; that they had the authority of A. as Defendant's Agent to complete the sale and make the usual note of it, and that they did make it, and the Plaintiff has proved a sufficient memorandum within the Statute of frauds.

But the Defendant has contended that A., his Agent, had no power to sub-delegate to Esdaile. The law replies, "that the power to appoint a sub-Agent may be inferred from the terms of the original authority," and "a Consignee or Agent for the sale of merchandize may employ a Broker for the purpose." Lord Denman declaring that "the party having chosen to appoint an Agent to carry on trade for him, he clearly authorized that person to do all that could be necessary for him to carry it on; among other things to employ a Broker to sell for him; and that the bought and sold notes signed by the Broker containing the names of the parties, formed the contract between them"; and it may also be correctly said in answer to this argument, that even if A.'s acts as sub-Agent to Defendant, (supposing that Defendant acted in the transaction as a Broker, which is not clearly established,) would not bind Defendant's principal, still if Defendant had authorized him or allowed him to act as if authorized, it would not be permitted to him, Defendant, to say that his own act in that respect would not bind him. In fact, an Agent improperly acting by a sub-Agent's acts, would be personally bound by them, if his principal repudiated them.

Referring again to the evidence, and admitting the general power possessed by A. in this transaction, it is found that A. offered the flour in the market, agreed to make the sale to the Plaintiffs, settled the price and terms with Esdaile, without the presence or intervention of the Plaintiffs, and agreed with Esdaile as to the price to be inserted in the memorandum, received the note from Esdaile, and promised to name his principal, the whole on behalf of Defendant. It would be difficult to find authority more clear or conclusive given to an agent to complete a bargain and make the evidence of such completion than that received by the Esdailes, whilst the conduct of Heward for some time after the transaction, affords conclusive evidence of acquiescence. If, in all this, A. was acting contrary to some private understanding or instructions unknown to the Plaintiffs, the Plaintiffs are justified in claiming the protection of the principle, that where one of two innocent persons must suffer by the misconduct of a third, he shall suffer who, by his own acts and conduct, has enabled the third person to practise fraud or imposition upon the party.

The last ground of defence is the incapacity of A., the agent, to make the sales from intoxication, which it is contended must have been at the time known to the Plaintiffs and to the Esdailes.

The proof renders comment upon this person's habits unnecessary, but at the same time it is evident that nothing exists to indicate any want of "an agreeing

mind" at the time of the sale. The law declares that the absence of capacity for any deliberate consent applies alike to insanity and drunkenness, and in both, furnishes the reasons for the invalidity of the contract, of the lunatic and the helpless, stolid and stupified drunkard; but the drunkenness must be such as absolutely to destroy reason, affords grounds for avoiding the contract, as Pothier declares, *lorsque l'ivresse va jusqu'au point de faire perdre l'usage de la raison.*

The intellectual faculties must be depraved to such extent as to impair all power of judgment, memory and reflection, leaving the mind, after the excitement has passed away, a confused and disorganized wreck. This principle was sanctioned as late as October last in England, upon a defence of drunkenness, and the defence ruled unavailing by the presiding Justice. The testimony in this case does not present this miserable picture. It is true, that one witness swore to A's. being intoxicated at two o'clock, on the day of the sale, and his departure from the office in about an hour afterwards, having reposed in the meantime; whilst the Esdailes swear distinctly to his possession of his faculties about a couple of hours afterwards, when the terms of the contract were deliberately settled between them after much discussion; and that these terms were such as were not considered unfavorable in the trade. His memory and judgment could not have been wanting, when it is borne in mind that the evidence of record shews that he afterwards himself communicated the transaction to Heward by telegraph, and in further communications with him, furnished the particulars required by him.

It may be added, that the plea of drunkenness is an admission of a valid contract, but at the same time of its avoidance by the intoxication. This being removed or untenable, the valid contract remains. If loss happens from the acts of an agent, it should fall only upon A.'s employer, who knowing his failings, retains him in his service and acquiesces in his transactions, all commercial confidence depends upon such rules as have been stated in the delivery of this opinion, and trade would be worthless where commercial confidence is shaken. Heward has himself alone to blame if he has been a sufferer through his agent A.

Upon the whole, the law and facts appear to be equally favorable to the Plaintiffs, in whose favor the judgment should be entered as demanded by their declaration for the amount of damages proved.

Day, J.—I do not altogether coincide in the views which have just been expressed by my learned brother upon the evidence in this case; but I am desirous that the decision of the Court should rest on a point of law, which has been raised, and is of importance not only to the parties now litigating, but to the business of brokers generally.

The point to be considered is, whether a person carrying on business under the style of broker in Lower Canada possesses that *quasi* official character which enables him when employed by one party only to a bargain, to bind the other also by his signature to a contract note.

It arises out of a provision in the Statute of Frauds; by the seventeenth Section of which it is enacted, that no contract for the sale of any goods for the

Syme & al. v. Heward.

price of £10 sterling or upwards shall be allowed to be good, except some note or memorandum in writing of the said bargain be made and signed by the parties to be charged by such contract or their agent thereunto lawfully authorized.

The immediate question which presents itself upon the Record, is whether the Messrs. Esdaile had authority to bind the Defendant by the contract note signed by them, so as to satisfy the requirements of the Statute, and it is to be examined upon two distinct grounds.

1st. Is there evidence of Record that the Esdailes were actually empowered by both parties to act as their common agent, as middleman or *entremettéur* between; and second, if there be no such evidence, is then the existence of the authority to be assumed as a presumption of law, from the mere fact that the Esdailes carried on business as brokers?

As to persons acting as the agents of both parties, the first class of noticeable cases which came up under the Statute relates to Auctioneers. It is at once apparent that the rigorous application of the Statute to sales by auction might be in a high degree obstructive and inconvenient, and upon looking into the decisions in England it is evident that the Judges feeling the difficulty, were desirous of avoiding the stringency of the rule, a tendency which in that country may have been justified by circumstances, and the importance of rendering commercial transactions easy. At first, we find the opinion expressed by Lord Mansfield and also by Mr. Justice Wilmot, in the case of Simon vs. Motivos, that auction sales in general are not within the Statute, the reason being that where sales were made publicly in the presence of many persons, there could be no perjury as to the fact of the sale. But that opinion was afterwards felt to be untenable under the terms of the Statute, and it was abandoned, and the present doctrine assumed that the Auctioneer is the agent of both parties. Lord Ellenborough in the case of Hinde *vs.* Whitehouse and Galau, 7 East 558, reserving his opinion as to sale by auction not being included in the Statute, adopts the doctrine of a presumed common agency in the Auctioneer, stating that all the great transactions of sale in London were so conducted and stood on that foundation of legality only, and that it was too late he conceived to draw it into question. This case goes much further in the direction of presumed agency than the case of Simon *vs.* Motivos, in which it was proved that the Auctioneer wrote the Defendant's name and the price of the lots in the printed catalogue by the order and assent of the Defendant, and that the Defendant sent his servant to see the goods weighed which he did. If the cases largely cited in support of this doctrine of presumed agency really mean that the Auctioneer, merely from the fact of selling goods as such by public auction, becomes in all instances the legal agent of the buyer, without any kind of proof of authority given by the latter, I must be permitted to say that it seems to me to be a forced construction of the law. The Auctioneer is the agent of the vendor—to sell; the buyer present and acting for himself requires no agent, and to presume without any evidence that he has made the Auctioneer, whose interests are opposed to his own, his agent, strikes me as repugnant not only to the first

principles of law, but to the dictates of common reason. It is a mere legal fiction growing out of the pressure of an inconvenient law.

The cases relating to entries and memoranda made by the clerk or agent of one party at the request of the other, do not, in so far as I understand them, establish any other rule than that there must be evidence of the authority given by the party whom it is sought to bind by the signature; but these decisions turn always upon the particular circumstances of each case, and afford no principle of general application.

Thus in Cooper vs Smith, reported in 15th East 103, where the agent of the vendor wrote the note in the vendee's order book in the presence of the vendee, although he afterwards, at the desire of the vendee, (the Defendant) read it over to him, it was held that the signature was not sufficient. And in a later case Graham et al vs. Mussen, 5 Bing. new cases, p. 603, the vendor's clerk or agent, in the presence and *at the desire* of the purchaser (Defendant) entered and signed the transaction (a sale of sugar) in *the book of the Defendant, which book the Defendant himself produced at the trial.*

The Court nevertheless held such entry insufficient, under the Statute of Frauds. It is difficult to comprehend why, under the other reputed decisions of the English Courts, the agent here should not have been considered the agent of both parties. It cannot be said that it was because he signed his own name, for by the Statute the name of a legally authorized agent is sufficient, and moreover if that were the reason, it is one which, applied to the present case, would be fatal to it, in as much as the name signed to the contract note is that of the Esdailes and not that of the Defendant, nor do they there assume to sign as his agent. If the case now before the Court be compared in the matter of evidence of agency with that just cited, the difference in favor of this case is at once apparent. The Plaintiff has made no proof of any authority conferred by the Defendant upon the Esdailes. The contrary is clearly established by the evidence of John Esdaile himself. The question is pointedly put to him, and the answer shews conclusively that by no possible latitude of construction, can the Defendant be presumed to have employed them as his agents in the transaction. The fact is that Auldjo, Heward's agent, was offering for sale in the market, generally a large quantity of flour, and the Plaintiffs authorized the Esdailes to buy one thousand barrels of it. Auldjo and John Esdaile negotiated a bargain, the former acting for the Defendant and the latter for the Plaintiffs, with an interest adverse to the Defendant's. How then can it possibly be contended that the Defendant made them his agent to sign and bind the contract? After careful reflection upon this doctrine of a common agency, by which one man may bind both parties, I am satisfied that the idea of his having been employed by both underlies the whole of it.

Domat defines what an agent of both parties or an *entremetteur* is—He says he is like an agent or attorney with this difference, that being employed by persons having opposite interests, he is as it were the agent of both—"*son pouvoir*" says he, "*n'est pas de traiter, mais d'expliquer les intentions de part et d'autre et de negocier pour mettre ceux qui l'emploient en état de traiter eux-*

Syme & al. v. Heward.

mêmes." Dom. Liv. 1. Tit. 17. Sec. 1. No. 1. Mr. Bell in his commentaries 1 Vol. p. 347, B. 3, p. 164—says, "if a broker be authorised *by one to sell and by another to buy*, the entry in his book of the sale is binding. This being employed by both parties is of indispensable necessity, and it applies as well to brokers as to all other descriptions of agents, and as well under the English decisions as under our own law. The only difference being, that in England presumptions without evidence have been more freely introduced for the facility of trade, and owing to the circumstances of the parties and the position which brokers occupy there, these presumptions have in some instances been pushed further than it is reasonable or safe to carry them among us.

With respect to the character of brokers in England, and the conditions under which they exercise their calling there; it is an error to suppose there has been no legislation on the subject, there was a statute so early as the time of James I, followed by one of Anne, obliging brokers to give security, and subjecting them to strict provisions in the conduct of their business, and every man in England, assuming to act as a broker, is bound to conform to certain regulations established under the authority of law. So in France, from which country we must take our rules with respect to the rights and legal powers of brokers, we find that under the ancient as well as the modern system, they were regarded as public officers; they were recognized as such, and subjected to certain regulations by an Ordinance of Louis the XIII. in 1629, and by the Ord. de Com. of 1673. Savary, in treating of their character and power says, their acts are admitted as evidence, and adds, "*La raison en est que le courtier est homme public qui a fait serment en justice et qui a été dépositaire des paroles qu'ils se sont respectivement données l'un à l'autre en sa presence comme ayant été entremetteur de la négotiation.* 1 *Parf. Neg. Liv. II.* 67, *des Agens de Banque et courtiers p.* 298."

Rogue, 2 Jur. Cons. p. 297, says, "*leur livres font foi en justice*" and among other regulations applicable to them says, "*leur livres doivent être paraphés par les Juges consuls,*" and again, *ceux qui ont obtenu des lettres de repit, fait contrat d'utermoiement ou faillite, ne peuvent être courtiers des marchandises a moins qu'ils ne soient rehabilités.*" p. 299. Without further reference to authority in the ancient law which is our own, it is clear that Brokers in France were not regarded as mere private persons engaged in a particular kind of business, but that they were liable to rules, and exercised powers which gave them essentially an official and public character.

In modern France, they are similarly regarded. The 74th Article of the Code defines what they are "*Courtiers sont des officiers public, institués par la loi pour servir d'agens intermédiares dans le commerce de marchandises.*" The authorities cited at the argument are precise on the subject, and as a matter of definition, reference may be had to Devilleneuve's *Dict. du Cont. Com. vo. Courtier*, No. 3. He says, they are not to be considered as mandataries, since they act in the name of both parties, but that their functions rather resemble those of *Notaries*, and No. 18. "*Les actes des Courtiers font foi des négociations qu'ils constatent, en ce sens ils sont considérés commes actes authentiques.*" The regulations which govern them may be found under the same reference.

There can then, I apprehend, be no controversy upon the fact that the Brokers of both England and France, stand upon a footing essentially different from that occupied by those known as Brokers among us, and such being the case, I deem it of the last importance to the safety of trade, that Courts of Justice should not, upon precedents inapplicable to the circumstances of this country, depart from the principles of the Common Law, and permit any man or any class of men to assume to act as the agents of both parties, where there is not a shadow of evidence that any authority has been given by that one of them whom they seek to bind.

The opinion of the majority of the Court is simply this: That there is no evidence to show that the Esdailes were authorized to act as the agent of the Defendant; and that in the absence of such evidence no presumption of their being so authorized arises from the fact, that they style themselves brokers or carry on business as such.

That where a broker really is employed by both parties and becomes the agent of both, he may bind them both; but unless he be in that position his signature will bind only the party by whom he is employed. The Esdailes not standing in that relation to the Defendant, the contract note signed by them is not a sufficient note or memorandum under the Statute, to bind them. And the action must therefore be dismissed.

The reasons assigned in the judgment were as follows:—"The Court * * *, considering that the Plaintiffs have failed to establish by evidence, the material allegations of their declaration, and more especially that John and Robert Esdaile, in their said declaration mentioned, were at any time the Agents or Attorneys of the Defendant, or were by him in any manner authorized, or had by law a right to bind him, the Defendant, by the instrument in the said declaration styled a contract note, or that any note or memorandum in writing, of the sale of the flour in the said declaration alleged to have been made by the Defendant to the Plaintiffs, was made and signed by the Defendant or his agent thereunto lawfully authorized, as required by law, doth dismiss the action of the plaintiffs with costs."

Abbott & Baker, Attorneys for Plaintiff.
Bethune & Dunkin, Attorneys for Defendant.

(S. B.)
(J. J. C. A)

Action dismissed.

MONTREAL, 30th DECEMBER, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 288.

McGoey v. *Griffin.*

SPECIAL ANSWER BY PLAINTIFF.

Held, that allegations, which form the chief support of Plaintiff's action, must be set out in the declaration, and cannot be pleaded by way of special answer to Defendant's exceptions.

The declaration in this cause set out that the Defendant, "styling himself Trustee of Andrew Leamy, of Hull, lumberer," executed an agreement *sous seing*

McGoey v. Griffin.

privé, by which he promised and undertook to pay the Plaintiff a certain sum of money, in consideration of the latter procuring the withdrawal of an opposition fyled on behalf of his wife to the ratification of title deed, applied for by the Attorney General, of certain property sold by Leamy to the Crown. It then went on to allege the fulfilment, on the Plaintiff's part, of the stipulated condition, and concluded by praying for a personal condemnation against the Defendant. To this the Defendant pleaded by his first peremptory exception, that he had merely acted in the matter as trustee of Leamy, and that he was not therefore subject to that personal liability with which the Plaintiff sought to charge him. The Plaintiff then answered specially, that the quality of trustee had been fraudulently assumed, and that the Defendant had been really acting for himself. A motion was thereupon made to reject this special answer, as well as part of another containing similar allegations, on the ground that such allegations ought to have been made in the declaration, and could not regularly form the subject matter of a special answer.

Day, J., in delivering judgment, said the Court were of opinion that the motion must be granted. There were plainly new grounds of action set up in the special answer additional to those alleged in the declaration, and if a judgment were given, it would have to be based upon the allegations of that special answer. Motion granted.

A. & G. Robertson, Attorneys for Plaintiff.

R. & G. Laflamme, Attorneys for Defendant.

Motion granted.

(A. H. L.)

MONTREAL, 30th DECEMBER, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

No. 1393.

Browne v. *The School Commissioners of Laprairie.*

Held that the power granted to School Commissioners to remove masters for misconduct, or incapacity, after mature deliberation, does not relieve them from liability to damages if such removal take place without sufficient cause.

This was an Action by a Schoolmaster for an amount equal to six months of his salary, under the following circumstances.

The Plaintiff was engaged by letter, on the 5th of September, 1855, for one year. On the 3rd of November, 1855, the Commissioners passed a resolution, declaring that after mature deliberation upon his conduct in office, they dismissed him for negligence in the faithful performance of his duties, and ordered him to be paid two months' salary. A tender of this sum was made and refused, and the Plaintiff, after ejectment from office, made a notarial tender of his services in accordance with his engagement, which was also refused. The Plaintiff, at the end of six months from the date of his engagement, brought an Action for an amount equal to his half year's salary; to which the Defendants pleaded in terms of their resolution; and evidence was taken on both sides as to the Teacher's conduct while in office.

Abbott, for Plaintiff, relied on the insufficiency of the testimony for the Defendants to establish any misconduct or negligence, and on the evidence for Plaintiff as shewing a faithful performance of his duties.

Loranger, Q. C., for Defendants, cited the 4th Clause of the 21st Section of the 9th Vic., Cap. 27, providing that School Commissioners may remove Masters for neglecting faithfully to perform their duties, incapacity, &c., "after a mature deliberation at a meeting called for that purpose;" and contended that the terms of this Clause were clearly intended to convey to School Commissioners an unlimited power in respect of the removal of their officers, at least, to this extent; that if they were dismissed in the manner pointed out by the Statute, the fact of the cause alleged, having existed, could not afterwards be disputed, nor the circumstances inquired into, in the manner attempted by the Plaintiff. If it appeared that the Commissioners had acted in the matter after mature deliberation at a meeting called for the purpose, it must be conclusively presumed, under the evident meaning and intent of this clause of the act, that the course of conduct upon which they based their order of dismissal had really been followed, and the question of its existence could not now be tried over again.

Lanctot followed for Defendants upon the evidence.

Abbott, in reply, denied that the Clause in question gave to School Commissioners any privilege over other corporations or individuals in respect of their liability to damages for the unjust or causeless dismissal of a servant. The service on the one hand, and the payment on the other, were mere matters of contract; and the Clause cited only prescribed the *modus operandi* of the Commissioners, in making or breaking this contract, leaving to each party the ordinary legal remedy on a breach of it, if infringed without sufficient cause.

Badgley, J.—The Court considered the Plaintiff had made out his case upon the evidence, and were also with him upon the point of law raised by the Defendants at the argument. The Section of the School Act cited on their behalf gave them no judicial power whatever. It was necessary that the manner of action of a corporation should be fixed by the instrument creating it, and this was all that the Statute in question did. If the Commissioners had attempted to remove the Plaintiff in any manner other than that pointed out by the Statute, it would simply be no removal at all. The Act in question was apparently done in due form, and, therefore, was an actual removal; but School Commissioners were in no respect exempted from the necessity, when called upon, of justifying their acts towards their *employées*, and if they failed in doing so, of being condemned in damages like any other employer. There must, therefore, be judgment for the Plaintiff for the amount demanded, with costs.

Abbott and Baker, Attorneys for Plaintiff.

Lanctot, Attorney for Defendants.

(J. J. C. A.)

Judgment for Plaintiff.

MONTREAL, 30 DÉCEMBRE, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, J.

No. 786.

Marsolais v. *Lesage.*

AMENDEMENTS CONCLUSION—NOUVELLES.

Jugé, qu'un amendement de la déclaration basé sur un fait postérieur à l'introduction de l'action, ne peut être accordé.

Le Défendeur avait obtenu dans le terme précédent, la liberté de plaider des défenses nouvelles et additionnelles à cette action, en sorte qu'il produisit une défense en forme de *puis darrein continuance ;* résultant d'un fait nouveau, arrivé depuis la signification de la demande et la production de ses premières défenses.

Le Demandeur fit ensuite motion, le 25 Novembre 1856, pour amender en conséquence sa déclaration, aux fins d'y intercaler des allégations et des conclusions nouvelles ; attendu que depuis l'institution de son action un fait nouveau était survenu qui, disait-il, lui était favorable.

Per curiam. Le Défendeur avait bien le droit de plaider un fait nouveau et la Cour en lui accordant la permission de fournir des défenses nouvelles, n'a fait que suivre la pratique invariable de la Cour et qui est fondée en principe ; mais il n'en est pas ainsi par rapport au Demandeur. Il n'a aucun droit de changer son droit d'action ou de le dénaturer. Il ne peut pas refaire sa demande et alléguer des faits nouveaux qui n'existaient pas lors de son introduction, et qui ne pouvaient donc pas lui donner un droit d'action. Si l'on accordait cette motion, l'on permettrait au Demandeur de faire dans sa déclaration, l'allégation d'un fait qui n'existait pas lorsqu'elle fut datée et signifiée.

Loranger, Pominville et Loranger, pour le Demandeur.

Lafrenaye et Papin, pour le Défendeur.

Motion rejeté.

(P. R. L.)

MONTREAL, 30 DÉCEMBRE, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, J.

No. 1553.

Gauthier et al. v. *Darche.*

ACTION EN GARANTIE.

Jugé, que celui qui s'est obligé de payer à un Tiers indiqué à l'acquit de son vendeur, une certaine créance due par obligation et par billet, ne peut être appelé en garantie par son vendeur qui est poursuivi par ce Tiers au payment de telle créance.

Que le vendeur ainsi poursuivi doit payer avant que d'être reçu à se pourvoir.

Le 1er Février 1840, par acte devant L. A. Moreau et son confrère, Notaires Publics, les Demandeurs ont reconnu devoir à François Marchand £500 qu'ils se sont obligé lui payer dans 4 ans, avec intérêt payable annuellement.

Le 1er Juin 1840, les Demamdeurs en garantie ont consenti un billet au même créancier pour £250 payable à demande avec intérêt.

Le 29 Septembre 1841, par acte devant Archambault, Notaire Public, les Demandeurs en garantie ont vendu au Défendeur, Darche, leur fonds de com-

merce à la charge par lui de payer à leur acquit, au dit Frs. Marchand, les susdites créances de £500 et de £250 qu'il aurait déclaré bien connaître ainsi que les titres les constatant.

Darche a payé partie de l'intérêt dû sur les dites dettes, mais n'a point payé les capitaux—Marchand a poursuivi Gauthier et consorts pour le payement de ces deux créances—Gauthier et consorts ont appelé Darche en garantie à cette action ; Darche a opposé une exception à la forme contenant les moyens suivants :

Que ce n'était point par action en garantie que les Demandeurs auraient dû se pourvoir ; parce que d'après leurs allégations, il n'était obligé payer la créance en question qu'à leur demande et lorsqu'ils en seraient eux-mêmes requis ; parce qu'une telle obligation ne saurait donner lieu à la garantie et que les Demandeurs ne pouvaient avoir d'action contre lui qu'après avoir payé. Les Demandeurs ont prétendu que leur action était bien dirigée. Le Jugement de la Cour est dans les termes suivans : Considering that the said Plaintiffs *en garantie* have not by reason of the allegations in their declaration contained, and by law any right of action *en garantie* against the Defendant as their garant simple in the manner and form they have impleaded him, maintaining the *exception à la forme*, doth dismiss the action with costs, &c.

Leblanc et Cassidy, Procureurs des Demandeurs.

Cherrier, Dorion et Dorion, Procureurs des Défendeurs.

(F. C.) *Action déboutée.*

MONTREAL, 30th DECEMBRE, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, J.

No. 576.

Garth v. *Woodbury et al.*

Décidé, que dans une affaire de commerce on peut produire des témoins pour expliquer une convention qui n'est pas clairement définie dans un reçu qui a été accordé et qui est produit.

Le 2 Octobre 1854, Trudeau (un des Défendeurs) fit son billet promissoire pour £90 4s. 7d., payable à trois mois, à l'ordre de Woodbury, qui l'endossa en faveur du Demandeur. Ce billet est protesté à son échéance. Quelque temps après, Trudeau a payé au Demandeur un à-compte de £20. Plus tard, le 4 Avril 1855, le Demandeur a accepté le billet de Trudeau pour la balance du premier billet sans l'endossement de Woodbury, avec conventions verbales entre les trois intéressés que le premier billet serait retenu jusqu'au payement du second, et que le premier serait valable si le second n'était payé. Partie de cette convention est contenue dans le reçu du Demandeur, comme suit :—

"MONTREAL, *April 4th*, 1855.

"Received from Narcisse Trudeau his note at three months for the sum of £72 7s. 6d., said note being for the balance of note of £90 7s. 6d., which I paid, and which note I hold till this note is paid, the expenses on which to be settled at the same time.

(Signed,)

"CHARLES GARTH."

Garth v. Woodbury & al.

Le second billet n'ayant pas été payé par Trudeau, Garth a porté son action sur le premier billet, contre Woodbury et Trudeau, en offrant de remettre le second billet. Woodbury a prétendu que le second billet avait été accepté par le Demandeur hors sa connaissance, et que le premier billet se trouvait éteint au moyen du second qui avait été accepté par le Demandeur. Le Demandeur a répondu que le second billet n'avait été accepté que sous condition, et ce, du consentement de Woodbury qui était présent lors de la convention.

Le Demandeur a prouvé ses allégations, mais Woodbury a prétendu que telle preuve était illégale en autant qu'on ne pouvait prouver contre le contenu du reçu produit. En réponse, il fut soumis que sous le droit Anglais qui était celui de la cause, il était fondé à expliquer le contenu de l'écrit par témoins, si cet écrit n'était pas suffisamment compréhensible par lui-même.

Per Curiam.—La preuve est admissible. Jugement pour le Demandeur.

Leblanc & Cassidy, pour le Demandeur.

M. Morison, pour Woodbury.

(P. C.)

MONTREAL, 30 DECEMBRE, 1856.

Coram SMITH, J., MONDELET, J., BADGLEY, J.

No. 2095.

Cartier v. *Béchard.*

MORT CIVILE.

Jugé, que si la femme n'a pas considéré sa communauté dissoute par la mort civile de son mari, dans les rapports subséquents qui ont eu lieu entr'eux sur leurs droits; la cour n'en peut pas prendre connaissance.

Dans cette cause, la Demanderesse ayant obtenu un jugement en séparation de corps et de biens contre le Défendeur son mari pour cause de sévices, fit nommer un praticien. Le Défendeur avait été exilé en 1839 par suite d'une condamnation à mort prononcée contre lui par la Cour Martiale crée en vertu de la 2 Vic., ch. 3. A son retour dans le pays, le Défendeur ayant été gracié par sa Majesté, les parties se remirent en communauté de biens comme si elle n'ait jamais été dissoute. Dans sa demande en séparation, la Demanderesse n'alleguait pas cette dissolution de leur communauté, en sorte qu'elle en demandait le partage. Les biens du Défendeur avaient été vendus par décrêt durant son exil, et sa femme avait achetés deux terres avec des deniers qu'elle avait empruntés. Il s'agissait de savoir si ces deux terres formaient partie de leur communauté, et si cette communauté avait jamais été dissoute pour une cause ou pour une autre. Le rapport du praticien nommé pour établir les droits et reprises de la Demanderesse lui ayant accordé ces deux terres comme des propres de communauté; [étant les deux terres qu'elle avait acquises au décrêt forcé à la requête de notre Souveraine Dame la Reine, par suite de la confiscation des biens de Béchard exilé du pays pour cause de rébellion;] ce dernier contesta ce rapport sur le principe, qu'ayant été *réintégré dans tous les droits* par le pardon de sa Majesté sous le grand Sceau; les deux

terres en question formaient partie de leur communauté et que l'acquisition que sa femme en avait faite était comme non avenue. Cette contestation du Défendeur était produite en forme de motion et accompagnée du pardon de sa Majesté. (1)

Cartier v. Béchard.

Mondelet, J., diffère de la majorité de la Cour sur les considérants du jugement. Le rapport est erroné, en autant que ces deux terres n'appartiennent pas à la Demanderesse, soit que l'on considère que la Cour Martiale qui a condamné Béchard était illégale, soit que l'on considère que le pardon a eu l'effet de le réhabiliter dans tous ses droits civils et politiques. L'effet du pardon est apprécié différemment par les auteurs. 1er Vol. Toullier, page 204, No. 290. "L'individu mort civilement ne peut être rétabli dans ses droits "civils que pour *l'avenir* seulement, et non pour le *passé*." No. 291.—"Si la "grâce est accordée avant l'exécution du jugement, il n'y a point de mort "civile, etc., si elle est accordé après l'exécution du jugement, la mort civile a "été encourue" etc.

En sorte que, laissant de coté cette question controversée, il suffit d'examiner la légalité du tribunal qui a passé condamnation sur Béchard comportant mort civile. La Cour Martiale qui l'a condamné à mort en 1839 était illégale. Durant la suspension de l'acte constitutionnel de 1791, le conseil spécial organisé par le Statut Impérial, 1er Vic. ch. 9., ne pouvoit legislater que pour *la paix, le bonheur et la tranquillité* du pays, suivant les mêmes termes qui se rencontrent dans l'acte constitutionnel. Ainsi le conseil spécial ne possédait pas d'autres pouvoirs que ceux de la Législature, et même il en avait moins ; car il ne pouvait pas imposer de taxes et ses attributions étaient encore restreintes par le proviso suivant; 1er Vic. ch. 9., Sec. 3, *proviso*: "Nor shall it be lawful by any such law or "ordinance to repeal, suspend or alter any provision of any act of the Parliament of Great Britain, of the Parliament of the United Kingdom, or of any "act of the Legislature of *Lower Canada* as now (then) constituted, repealing "or altering any such act of Parliament."

Il ne pouvait donc pas changer la loi Criminelle telle qu'administrée dans le pays depuis la conquête, et introduite par la 14 Geo. 3 ch. 83. ; et c'est l'opinion d'hommes eminents, voici comment s'exprimait Sir Wm. Follet à ce sujet, sur l'opération de l'acte Impérial, 1 Vic. ch. 9. "As to the power of setting aside "the Courts of Justice, and their ordinary administration of the Criminal Law, "it cannot be supposed that any such monstrous power was conferred by any "part of the Act, &c."

Le conseil spécial ne pouvait donc mettre de coté les dispositions de la grande charte, de l'acte d'*habeas corpus &c.*, et il n'était pas de sa compétence de faire passer par une Cour Martiale, les sujets de sa Majesté qui n'étaient justiciables que des Cours Criminelles qui existaient alors. Lorsque Béchard fut condamné, il n'existait aucune rébellion qui justifia la création d'une Cour Martiale, que le

(1) Vide.—13 Victoria ch. 13. An Act for the Queen's Most Gracious General and free Pardon, Sec. 2. "Provided always that nothing herein contained shall extend to or affect any goods or chattels, lands, or "tenements actually seized and sold, under lawful authority in consequence of any such forfeiture "or attainder by any public officer or minister of Justice, but such lands shall belong to the same par-"ties, in all respects as if this act had not been passed."

Cartier v. Béchard.

conseil spécial d'ailleurs n'avait pas le droit d'établir. En definitive, il faut en venir à la conclusion que cette Cour Martiale constituée en vertu de la 2 Vic. ch. 3., étant illégale, la vente des biens de Béchard était nulle, et sa femme la Demanderesse, n'a pu acquérir ces propriétés en son nom personnel.

Smith J. Cette question doit-être décidée suivant le droit commun, que les parties ont elles-mêmes choisi par leur propre fait et leur procédure devant cette Cour. Elles n'ont jamais prétendu dire que leur communauté de biens avait été interrompue. Le pardon a eu l'effet d'effacer tous les résultats de la condamnation, et telles sont les dispositions du droit anglais et du droit Français.

Vide, Rep. de Merlin *vbo.* Revision de procès §3. art. 4 page, 489 et seq. En rapportant le procès du Duc Bonnelli, Merlin fait voir que la mort civile découle des jugements qui condamnent à des peines capitales et que la grace du prince fait cesser la mort civile du condamné avec effet rétroactif.

Les parties s'étant remises dans le même état qu'elles étaient avant la mort civile, il s'en suit qu'elle n'ont pas voulu lui donner d'exécution ; en sorte qu'elles doivent être considérées comme deux conjoints qui se sont remis en communauté avant l'exécution de la sentence. Vide Pothier, sur la coutume d'Orléans, et traité de la communauté No. 523 et suiv.

Badgley J. La procédure ne nous indique pas que les parties aient jamais été séparées auparavant ; car la Demanderesse prétend par son action, avoir été commune en biens avec le Defendeur, et comme cela ne peut-être qu'en vertu de son contrat de mariage, il est évident qu'elle n'a jamais considéré la communauté dissoute.

Si la Demanderesse eut considéré sa communauté dissoute par la mort civile de son mari, elle se serait abstenue d'en demander la dissolution devant cette Cour. Il s'agit de régler le droit privé des parties suivant leur propre interprétation. La Demanderesse en alléguant devant le praticien que les deniers qui lui avaient servi à faire l'acquisition de ces deux terres, étaient des dettes de la communauté ; a donc reconnu l'existence de leur communauté. Vide Richer ; traité de la mort civile, page 427, distinction 8 ; "comment la confiscation peut finir."

Le rapport est mis de côté. (1)

Loranger et Pominville, pour la Demanderesse.

Cherrier, Dorion et Dorion, pour le Défendeur.

(P. R. L.)

(1) *Vide* Reports of the state trials in Montreal, 2 Vol. page 112.

MONTREAL, 30TH DECEMBER, 1858.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, J.

No. 418.

EX PARTE RUDOLPH,

Applicant for Certiorari.

AND

THE HARBOR COMMISSIONERS OF MONTREAL,

Prosecutors.

Held that, 1. The Court will examine into the legality of a By-law on a motion to quash a conviction rendered in accordance with its provisions. 2. A power given to a Corporation to impose by By-laws, penalties, "not exceeding £5, or sixty days imprisonment," is exceeded by the enactment of a By-law imposing a penalty of £5, and imprisonment for sixty days in default of payment, and such By-law is illegal.

The Act 18 Vic., cap. 143, provides that the Harbor Commissioners may make By-laws "not repugnant" to its provisions or to the common law; and authorises them to impose penalties "not exceeding £5 or 60 days imprisonment."

By one of their By-laws the Harbor Commissioners ordered the imposition of a penalty of £5, and in default of payment the imprisonment of the offender for sixty days.

Rudolph, the petitioner, was convicted of an offence subjecting him to the penalty provided for by this By-law; and was condemned to pay the fine with costs, and in default of payment of both, to be imprisoned for sixty days. The conviction was removed into the Superior Court by writ of *certiorari*.

Carter for the Petitioner. To superadd to this fine of £5 an imprisonment of sixty days in default of payment was clearly in excess of the powers conferred by the Legislature. Fine *or* imprisonment could have been imposed, but not both; and imprisonment could only have been imposed as a primary punishment, and not as a means of enforcing payment of the fine.

The conviction also was illegal in awarding imprisonment on non-payment of costs, there being nothing in the law, or in the By-law to authorize it.

Abbott for Prosecutors. The By-law is not "repugnant" to the Act nor to the law. It is not in the words of the Act, but it does not in any respect conflict with it. The rule is that a By-law consistent with the intention of the statute is good, if it does not contravene any of its provisions. Reg. *vs.* Edmonds, 4 Ellis & B., 993. Angell & Ames, § 343. But so far from being repugnant to, or in excess of the powers conferred by the Act, this By-law imposes a penalty precisely the same in specie with that authorised by the Act, and less in degree, for the defendant might have been imprisoned unconditionally. Now the imposition of a fine of £5 is clearly within the precise terms of the statute, and it is a punishment less severe than an imprisonment of sixty days. By the By-law the imprisonment is ordered conditionally upon non-payment of the fine; that is, conditionally, upon non-submission to a less onerous punishment. This is clearly of the same specie with the unconditional imprisonment, which might legally have been inflicted, and much less in its degree of severity.

But the legality of the By-law cannot be tried by a motion to quash a conviction brought up under a writ of *certiorari*. Ballard *vs.* Bennett, 2 Burrows,

Ex Parte Rudolph. & The Harbor Commissioners of Montreal.

Rep. 777, is positive and to the point. In that case an attempt was made to test a By-law upon a motion, the record being before the Court under a writ of *habeas corpus cum causâ*: but the Court refused to examine the By-law. The By-law in question has been published in the *Canada Gazette*. The Defendant was bound to be aware of it; and if he did not desire to be subject to its provisions while trading to this port, he could have tested its validity in the mode provided by Statute.

Carter, in reply.—The terms of a penal Statute must be strictly pursued; (Willcock on Cor. No. 449;) and the power of imprisonment cannot be applied to cases or circumstances not contemplated by the Act. If the Legislature had said, that on failure to pay the fine, the party should be imprisoned; then the By-law would not have been liable to this objection.

The authority cited has no application as the writ of *habeas corpus cum causâ* differs from the writ of *certiorari* in this essential particular, that the latter brings before the Court the original record; whereas the former does not. (Willcock on Cor. 417.) And hence it is that, upon a simple return to a writ of *habeas corpus*, the Court not having the By-law before it, refused to try its validity upon a motion made on the return.

The case of Reg. *vs* Justices of Staffordshire, 30 vol. Law and Equity Reports, p. 403, clearly establishes that a Justice of the Peace is bound to take notice of the legality of a By-law, (his jurisdiction being derived from the Statute which creates it,) and that the Court, upon *certiorari*, has power to review a By-law and declare it illegal.

Day, J.—The By-law of the Harbour Commissioners, upon which this conviction has been obtained, is illegal and cannot be enforced. It imposes a fine of five pounds, and in default of payment, imprisonment of sixty days; whereas the 10 Vic. chap. 143, Sec. 7, gives no right to imprison as a means of enforcing the fine, but gives power to fine or imprison, each as an absolute punishment independent of the other. The conviction must, therefore, be quashed; but there is another fatal objection, imprisonment has been awarded for the costs, and no mention is made of costs either in the By-law or Statute; much less is any power given to order imprisonment for them.

Conviction quashed.

E. Carter, Attorney for Applicant.
Abbott & Baker, Attorneys for Prosecutors.
(J. J. C. A.)

Cour du Banc de la Reine.

EN APPEL.

DU DISTRICT DE MONTREAL.

QUEBEC, 7 JANVIER, 1856.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE, Bart., J. en Chef, AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

No. 162.

MACFARLAN, (*Demandeur en Cour Inférieure,*) Appellant.

ET

DELISLE, (*Défendeur en Cour Inférieure,*)

MACKENZIE, et [illegible] (*Tiers-Saisis en Cour Inférieure,*)

WHITEFORD, ([illegible] *Cour Inférieure,*) Intimé.

Jugé, 1. Que le Tiers-Saisi devant être regardé comme partie en cause, et non pas comme témoin la nature de la dette due par plusieurs Tiers-Saisis doit déterminer la nature et la forme de la contestation de leur déclaration respective.

2. Que la contestation par un seul et même acte des déclarations séparées, mais semblables, de trois Tiers-Saisis qui sont les débiteurs solidaires du Défendeur, est valable.

Une Saisie-Arrêt après jugement ayant été émanée le 7 Décembre 1854, à la requête de l'Appelant, entre les mains de l'Intimé et de deux autres personnes; ces trois Tiers-Saisis lors de leur comparution, déclarèrent qu'ils ne devaient rien au Défendeur, Wm. H. Delisle, le débiteur de l'Appelant.

L'Appelant ayant par la même contestation attaqué les trois déclarations des Tiers-Saisis, et ayant allégué que par suite de leurs dol et fraude, ils étaient devenus ses débiteurs personnels et solidaires; l'un deux, l'Appelant, y répondit par une défense en droit, au moyen de laquelle il prétendait qu'aucune assignation solidaire ne lui ayant été faite, et que n'ayant été assigné qu'individuellement et personnellement avec les autres Tiers-Saisis; sa déclaration aurait dû être contestée séparément.

Le jugement de la Cour Supérieure rendu le 22 Mai 1855;

Présents: SMITH, J., et VANFELSON, J., est comme suit:

"The Court having heard the parties by their Counsel upon the law issue "raised by the answer in law, in the nature of a demurrer of the said William "Whiteford, to the contestation and *moyens* of contestation, fyled by the Plain- "tiff to his, the said William Whiteford's declaration, as garnishee in this cause, "having examined the said contestation and *moyens*, and the said pleading, "styled answer in law, and having deliberated, doth maintain the said answer "in law or demurrer, and dismiss the said contestation with costs."

SIR L. H. LAFONTAINE, *Baronnet, Juge en Chef.* L'Appelant, qui, le 23 Octobre 1854, avait obtenu un Jugement contre le nommé William H. Delisle pour la somme de 211*l.* 7s. 1d., fait émaner une Saisie-Arrêt entre les mains de trois personnes, savoir: l'Intimé, John G. McKenzie et John Lovell.

Ces Tiers-Saisis font, chacun, une *déclaration* séparée, mais semblable, c'est-à-dire que chacun affirme ne rien devoir au Défendeur Delisle, ni avoir aucun effet à lui appartenant.

Macfarlan v. Whiteford.

L'Appelant conteste ces déclarations ; il le fait par un seul et même acte, signifié à chacun des Tiers-Saisis. Il dit que sa créance est antérieure au 17 Octobre 1853, date des billets sur lesquels il a obtenu Jugement contre Delisle ; que dès le 22 Septembre 1854, ce dernier était notoirement en faillite et insolvable ; qu'avant cette date, mais depuis son insolvabilité, il avait payé à tous ses autres créanciers cinq chelins par louis, au préjudice de l'Appelant à qui il n'avait rien payé ; qu'à la date susdite, les trois Tiers-Saisis se concertèrent pour le frauder, lui enlever son recours, et le priver de sa juste part et proportion dans l'actif du Défendeur Delisle ; et que, pour parvenir à ce but, les trois Tiers-Saisis s'emparèrent de tout le fonds de commerce de ce dernier, et le convertirent à leur profit, et ce par le moyen d'un acte de cession que Delisle leur fit le 22 Septembre 1854 ; étant allégué au susdit acte, qu'après avoir réalisé les biens de Delisle, ils en paieraient le montant à ses créanciers, *y compris l'Appelant, au prorata* de leurs créances respectives ; que, le lendemain, 23 Septembre 1854, par acte devant Notaires, McKenzie et Whiteford vendirent tout le fonds de commerce de Delisle à l'autre Tiers-Saisi, John Loyell, pour la somme de 2,263*l.* 16s. 10d. qu'ils déclarèrent avoir reçue de lui ; que Whiteford et McKenzie avaient non seulement cette somme entre leurs mains, mais encore une autre somme de £425, qu'ils avaient eue antérieurement du Défendeur, mais depuis qu'il était devenu insolvable ; que le fonds de commerce en question valait £6,000 et qu'il n'aurait pas dû être vendu de la manière qu'on prétend l'avoir fait ; que, dans tout cela, les Tiers-Saisis avaient agi de concert avec le Défendeur, *frauduleusement* pour frustrer l'Appelant de ses justes droits etc. etc. ; puis l'Appelant ajoute que par une pareille conduite, les Tiers-Saisis sont devenus personnellement responsables envers lui, pour le paiement de sa créance et qu'ils le sont, non pas seulement individuellement, mais bien encore *conjointement* et *solidairement*. Et puis, le Demandeur prend contre eux des conclusions en conséquence.

Tels sont les moyens de contestation que McFarlan, le Demandeur, a formulés contre les Tiers-Saisis, à raison de leurs déclarations.

Bien que représentés par les mêmes Procureurs, les Tiers-Saisis ne se joignirent pas dans leurs réponses à cet acte de contestation. Ils firent des réponses séparées. Nous n'avons à nous occuper ici que de la première réponse, celle présentée sous la forme d'une *Défense en Droit*, et encore seulement en autant qu'il s'agit du Tiers-Saisi Whiteford, quoique la même réponse ait été présentée par les deux autres Tiers-Saisis. Mais le Jugement, dont est appel ne porte que sur celle de Whiteford.

La prétention de Whiteford, telle qu'énoncée dans cette *Défense en Droit*, est, en substance, qu'il aurait dû y avoir, de la part de l'Appelant, autant de contestations qu'il y avait de déclarations de Tiers-Saisis, c'est-à-dire, que les trois déclarations faites séparément et individuellement par McKenzie, Whiteford et Lovell, ne pouvaient pas être valablement contestées par un seul et même acte de procédure.

Le Jugement dont est Appel, maintient la *Défense en Droit* de Whiteford, et, par conséquent déboute l'Appelant de sa contestation. Il est à regretter

que ce Jugement n'ait pas été motivé. On doit cependant en inférer qu'il décide, en faveur des Tiers-Saisis, la seule question, qui, selon le *factum* de l'Appélant, est présentée à notre examen, celle de savoir si une seule contestation pouvait suffire, ou si, au contraire, il fallait une contestation séparée de chaque déclaration de Tiers-Saisi.

Il me semble que la Cour Supérieure a mal jugé dans les circonstances de la cause, soit que selon l'opinion de quelques auteurs, l'on doive regarder un Tiers-Saisi comme n'étant qu'un simple *témoin*, tant que sa déclaration n'est pas contestée, et qu'il ne devient partie à l'instance que par suite de cette contestation ; soit, au contraire, qu'on doive le regarder comme *partie* dès le moment de l'introduction de la Saisie-Arrêt ; toujours est-il vrai que, dans l'espèce, à l'un ou à l'autre de ces deux points de vue, les trois Tiers-Saisis Whiteford, Lovell et McKenzie sont devenus *parties* au procès. La Saisie-Arrêt, pour être un mode particulier de citer des personnes en justice, n'en est pas moins un acte d'assignation par lequel le saisissant formule une demande contre les personnes ainsi citées. La déclaration préalable à faire par le Tiers-Saisi, s'il juge à propos d'en faire une, ne change rien à la nature de cette demande, dont l'introduction n'en existe pas moins de fait et de droit par l'effet seul de la citation en justice. Si le Tiers-Saisi fait défaut, ou s'abstient de faire la déclaration affirmative ou négative qu'il a la faculté de faire, selon les circonstances, il est condamné personnellement à satisfaire aux causes de la Saisie-Arrêt, c'est-à-dire à payer au créancier saisissant la somme de deniers que le Défendeur doit à celui-ci. Cette condamnation, qui, le cas échéant, est inévitable, est bien propre à me faire hésiter à adopter l'opinion de ces auteurs qui regardent un Tiers-Saisi comme *témoin*, et non comme partie, tant qu'il n'a pas fait de *déclaration*. Je n'ai encore vu aucun *témoin* exposé à subir une pareille condamnation.

Si le Tiers-Saisi juge à propos de faire une *déclaration*, ainsi qu'il en a la faculté, ou cette *déclaration* est affirmative, ou elle est négative.

Si elle est affirmative, c'est-à-dire, si le Tiers-Saisi déclare être débiteur du Défendeur, soit de sommes de deniers, soit d'effets quelconques, le Demandeur saisissant a droit d'obtenir contre lui, sur cette déclaration, une condamnation personnelle jusqu'à due concurrence, sans prendre d'autre conclusions que celles déjà présentées par sa demande en *Saisie-Arrêt*. Il n'y a qu'une *partie au procès* et non un *témoin*, qui puisse être ainsi condamnée. Or un Tiers-Saisi pouvant l'être, qu'il fasse, ou non, une déclaration, ce Tiers-Saisi est donc partie, et non *témoin*, dans l'instance.

Si le Tiers-Saisi fait une *déclaration* négative, c'est-à-dire, s'il déclare ne rien devoir au Défendeur, le saisissant se contente de cette déclaration ou ne s'en contente pas. Dans le premier cas, il renonce à sa demande, et le Jugement qui interviendra en conséquence, mettra le Tiers-Saisi hors de Cour. Dans le second cas, le créancier saisissant conteste la déclaration du Tiers-Saisi, fournit des moyens à l'appui de cette contestation, et, si ces moyens sont bien fondés, il obtient condamnation contre le Tiers-Saisi, dont la déclaration négative est ainsi mise au néant. Tels sont les résultats de ce mode particulier de citer des personnes en justice.

Macfarlan v. Whitcford.

Considérée dans ses effets, la Saisie-Arrêt se présente encore à l'examen sous un autre point de vue. La condamnation à laquelle elle donne lieu en faveur du saisissant est assimilée à un transport que le débiteur, créancier du Tiers-Saisi, ferait lui même à son propre créancier, du montant qui fait l'objet de la condamnation. Dans un cas, le transport est volontaire, étant fait extrajudiciairement ; dans l'autre, il est forcé, étant fait en justice. Mais ce n'en est pas moins un transport dans les deux cas ; un acte auquel le débiteur délégué devient *partie* dans le transport volontaire, par l'acceptation qu'il en fait ou par la signification qui lui en est donnée ; et, dans le transport judiciaire, par l'assignation qu'il reçoit comme Tiers-Saisi, et par conséquent cité comme *partie* en justice, la dite assignation étant suivie d'un jugement adjudicatif des conclusions du créancier saisissant.

Tels étant les effets de la Saisie-Arrêt, lorsque le créancier réussit dans cette demande judiciaire, il me semble qu'on doit regarder le Tiers-Saisi comme étant *partie* en cause, dès l'introduction de l'instance. En cette qualité, il est exposé à subir une condamnation personnelle au profit du saisissant, s'il avoue, ou s'il est déclaré être débiteur du Défendeur. La nature de la dette sera la mesure de la condamnation. Le Tiers-Saisi appelé à répondre aux conclusions du créancier saisissant, devient pour ainsi dire *Défendeur* vis-à-vis de ce dernier. S'il est seul débiteur de la somme de deniers, qui est saisie-arrêtée, il est seul condamné, car seul, il pourrait être poursuivi pour le paiement. Mais s'il existe d'autres débiteurs de la même somme de deniers, des débiteurs qui soient tenus *conjointement* et *solidairement* avec lui au paiement, comment le créancier saisissant, qui a le droit de se faire substituer à son propre débiteur par la procédure particulière de la Saisie-Arrêt, et de se porter par là Demandeur contre les débiteurs de ce dernier, pourrait il être empêché de comprendre, dans la même instance tous les débiteurs d'une créance qui sont liés, par la solidarité, au paiement de cette même créance, et de prendre contre eux, vû cette solidarité, des conclusions personnelles et solidaires par un seul et même acte ? Je ne comprends pas que l'on puisse soutenir la négative sur cette proposition. Si, au lieu d'employer la voie judiciaire pour se faire déclarer créancier de ces débiteurs solidaires par subrogation à son propre débiteur, le créancier saisissant avait obtenu de ce dernier un transport volontaire de la créance, n'aurait-il pas eu le droit de poursuivre, pas une seule et même action et par un seul et même acte de conclusions, tous ces débiteurs solidaires ainsi délégués ? Ceux-ci auraient-ils été admis à défendre à une telle action, en émettant la prétention que, quoique débiteurs solidaires le cessionnaire ne pouvait néanmoins exercer de recours contre eux que par autant d'actions séparées et distinctes qu'ils étaient de débiteurs ? Je ne crois pas que l'on porte le zèle qu'il est permis d'avoir pour la défense, jusqu'à soutenir une telle prétention.

La question que présente cet appel, se réduit donc à savoir si les faits articulés par l'Appelant, dans ses moyens de contestation, en les supposant vrais et susceptibles d'être établis par la preuve qu'il offre d'en faire, sont de nature à faire le sujet d'une demande en justice, et à comporter une cause d'action *solidaire* contre les trois personnes auxquelles ils sont imputés, c'est-à-dire contre les trois Tiers Saisis en cette instance. Nul doute à entretenir à cet égard. Les faits

ainsi articulés sont des faits de dol et de fraude, qui auraient été commis par les Tiers-Saisis de concert et par collusion entre eux et le Défendeur Delisle, au préjudice du Demandeur et pour lui faire perdre toute chance de recouvrer sa créance contre ce Défendeur. La loi rend les auteurs de tels faits, personnellement et solidairement responsables envers celui qui se dit et prouve en être la victime.

L'Appelant avait deux voies d'exercer son recours. Il aurait pu employer celle de l'action ordinaire, à l'effet de faire déclarer nuls les deux actes qu'il allègue être entachés de fraude et de dol.

La même action et les mêmes conclusions, par un seul et même acte, eussent suffi pour contraindre toutes les parties à répondre.

Il avait aussi la voie de la Saisie-Arrêt et de la procédure qui lui est propre ; c'est celle à laquelle il a eu recours.

Mais, par l'une comme par l'autre voie, c'est la même demande judiciare qui est formulée, c'est le même droit d'action que le créancier exerce ; et ce droit d'action donne lieu à des conclusions *solidaires*, fondées sur les mêmes moyens.

L'Appelant aurait donc dû être admis à présenter, par un seul et même acte, la contestation qu'il voulait faire des déclarations des trois Tiers-Saisis, d'autant plus que ce mode de procéder, tout à fait légal et régulier, avait l'avantage de simplifier le litige et d'éviter à frais.

Aylwin, J., The contestation or pleading which has been overruled on demurrer by the Court below, is one, by which the Appellant, sought to set aside, two several deeds, or instruments, made to his prejudice and in fraud of his rights, to which the Respondents were parties, acting together in concert with W. H. Delisle, the Defendant in this cause, their common debtor. These deeds are, first, the assignment of the 22 September 1854, made by the insolvent Delisle, to McKenzie and Whiteford ; and next, the sale by these assignees to Lovell, of the goods assigned. The grounds upon which these deeds are impugned, are those which entitle a party to the action, *Pauliana revocatoria*, and the conclusions taken, are those appropriate to that action. The proceeding, though, assuming the shape of an *incident* to the original suit by the Appellant against Delisle, is in all respects, in the nature of the revocatory action. Now, it is absolutely necessary to maintain this action that all the parties to the deeds impugned, should be made parties to the suit ; and the condemnation, is a joint and several one against them all *in solido*. It is evident, then, that the demurrer, which is predicated, upon a supposed several liability, of the parties, is directly at variance with the law. Fraud is set up by the contestation, a combination of several to execute deeds to the prejudice of the Appellant is complained of, therefore all the parties concerned together with the Defendant, the insolvent debtor, must be conjoined in the proceeding, and one common judgment must be rendered, either to confirm or to set aside the common act of them all. The junction of all these parties, in the contestation, is a necessary consequence of the fraudulent combination which is charged against them. The non-joinder of any one of the parties to the deeds would be fatal to the proceeding revocatory; in order to set them aside all the contra-

Macfarlan v. Whiteford.

ting parties, must be brought before the Court together. The demurrer, is therefore wholly unfounded, and must be overruled.

Les considérans du Jugement en Appel sont comme suit :

"La Cour, après avoir entendu l'Appelant et l'Intimé par leurs avocats, examiné le dossier de la procédure en Cour de première instance, les Griefs d'Appel et les réponses à iceux et sur le tout mûrement délibéré : 1o. Considérant qu'en vertu du bref de Saisie-Arrêt émané à la requête du Demandeur, trois Tiers-Saisis ont été dûment et régulièrement cités en justice dans l'instance dont il s'agit, chacun desquels a, par déclaration séparée, affirmé sous serment ne rien devoir au Défendeur, ni n'avoir aucun effet à lui appartenant ; 2o. Considérant que le Demandeur, suivant le cours ordinaire de la procédure, a contesté ces trois déclarations, alléguant à l'appui de cette contestation des faits de dol et de fraude, communs aux dits trois Tiers-Saisis et au Défendeur, comme ayant été de propos délibérés et par collusion concertés entr'eux, et exécutés de même au préjudice du dit Demandeur ; que, si ces faits énoncés dans les moyens de contestation produits par l'Appelant, sont vrais et peuvent être établis par la preuve à faire dans l'instance, les Tiers-Saisis comme ayant participé, en sont personnellement et solidairement responsables vis-à-vis de l'Appelant, qui, selon ses allégués, en serait la victime ; 3o. Considérant que, selon les énoncés de l'Appelant, contenus dans ses dits moyens de contestation, les dits Tiers-Saisis doivent être regardés comme étant soumis à cette responsabilité solidaire envers lui, et que, d'une telle responsabilité est né, pour lui contre eux, un droit d'action en justice, de même nature ; que, par conséquent, il était bien fondé à présenter sa contestation des déclarations des Tiers-Saisis, et à prendre des conclusions personnelles et solidaires contre eux, par un seul et même acte, ainsi qu'il l'a fait devant la Cour de première instance ; que, de plus, sans préjudicier en aucune manière aux droits et aux prétentions des parties contestantes, ce mode de procédure a l'effet d'éviter à frais, puisqu'il peut donner lieu à un seul et même jugement sur ces mêmes droits et prétentions ; 4o. Considérant, en conséquence, que dans le jugement dont est Appel, il y a mal jugé, en ce qu'il maintient la réponse en droit ou exception à l'instance, présentée par l'Intimé Whiteford à la contestation que l'Appelant a faite des déclarations des trois Tiers-Saisis par un seul et même acte de procédure, le dit jugement quoique non motivé, ne pouvant d'après l'état de l'instance, n'avoir eu d'autre base que le fait que cette contestation a été ainsi présentée par un seul et même acte :—Infirme le susdit jugement dont est Appel, savoir le jugement rendu par la Cour Supérieure siégeant à Montréal, le vingt-deuxième jour de Mai mil huit cent cinquante-cinq ; et cette Cour, procédant à rendre le jugement que la dite Cour Supérieure aurait dû rendre, déboute le dit Tiers-Saisi Whiteford de sa dite réponse *en droit*, ou exception à l'instance, avec dépens, et ordonne qu'il soit, en la dite Cour de première instance, passé outre à l'instruction du procès et à l'audition et au jugement du mérite de la contestation mûe entre les parties, de même que si la dite réponse en droit ou exception n'avait jamais été faite, et quant aux frais du présent Appel, cette Cour condamne l'Intimé à payer à l'Appelant ceux que le dit Appel

a fait encourir à ce dernier ; enfin il est ordonné que le dossier soit rémis à la dite Cour Supérieure siégeant à Montréal. Macfarlan v. Whiteford.

Et la Cour, sur motion de Messieurs Cross et Bancroft, avocats de l'Appelant, leur accorde distraction des frais sur cet Appel."

CROSS et BANCROFT, *pour l'Appelant.*

A. et G. ROBERTSON, *pour l'Intimé.*

(P.R. L)

FROM THE DISTRICT OF QUEBEC.

QUEBEC, 7TH JANUARY, 1857.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE, BART. C. J., AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

No. 8.

THE SOLICITOR GENERAL, Pro Regina. *(Opposant in the Court below,)* Appellant.

AND

THE PEOPLE'S BUILDING SOCIETY, *(Opposant in the Court below)* Respondent.

In a cause between MORRIN et al., *v.* SMITH.

REGISTRY ORDINANCE. INTERPRETATION OF FOURTH SECTION.

Held, that original grants and letters patent, made and issued, creating a general *hypothèque*, as well as a special *hypothèque*, before 4 Vic., ch. 30, are subject to registration, in order to preserve the general *hypothèque*.

Sir L. H. Lafontaine, Bart., giving the judgment of the Court, said :—

Par Lettres Patentes du 24 Juin 1828, Mr. Charles Smith obtient de la Couronne la concession de la ferme de *Notre Dame des Anges*, située dans la Seigneurie du même nom, à la charge de payer une rente annuelle de £110, avec la liberté d'en faire le rachat en tout temps, en en payant le principal c'est-à-dire £2200.

Conformément à l'une des conditions énoncées dans ces Lettres Patentes, Smith fait une acceptation formelle de la concession, par acte notarié du 6e Juin 1828, avec hypothèque générale sur tous ses biens présents et futurs.

Plus tard, Smith devient propriétaire d'autres Immeubles, entr'autres, d'un emplacement dans la ville de Québec, rue d'Auteuil ; après sa mort cet emplacement est décrété sur son fils, à la poursuite des Demandeurs.

Sur les derniers provenant de ce décrêt, des oppositions afin de conserver sont faites par la couronne et par les Intimés.

Par le 5ème article du rapport de distribution la couronne est colloquée pour la somme de 959*l.* 0s. 1d. ; et cette collocation ayant été contestée par les Intimés, il intervint un jugement de la Cour Supérieure siégeant à Québec, du 19 Avril 1856, qui leur donne gain de cause, en déclarant qu'ils ont priorité d'hypothèque, que la collocation faite au profit de la couronne doit être mise de côté

The Sol. Genrl. Pro Regina v. The People's Building Soc.

et que le rapport de distribution doit être en conséquence amendé. Le 26 Juin dernier le solliciteur général a interjeté appel au nom de la couronne.

La décision dépend de l'interprétation de la 4ème section de l'ordonnance des bureaux d'enrégistrement; laquelle section, comme l'on sait, donne à cette loi un effet rétroactif, en exceptant néanmoins de cette rétroactivité certains actes qui sont indiqués dans le *proviso* suivant:

"Pourvu que rien de ce qui est contenu dans les présentes sera entendu comme rendant l'enrégistrement des octrois originaires, lettres patentes, transports ou titres par lesquels aucunes terres ont été octroyées et transportées à icelle maintenant tenues en fief à titre de vens, en franc-aleu, ou en franc et commun soccage ou autre tenure, comme l'argent, dette, droit, service dont il sera convenu dans ces lettres patentes par le Seigneur, possesseur originaire (*grantor* dans la version anglaise, *Seigneur de fief* (*Lord of the fee* dans la même version).

Les actes ainsi exceptés de l'ordonnance de 1841, qui, au terme de la 4ème section, doivent être enregistrés pour la conservation des droits et des hypothèques qui en résultent sont: "toutes obligations notariées, contrats, instrumens par écrit, "jugements, dites et procédés judiciaires, reconnaissances, droits et réclamations "privilégiés et hypothécaires.... en vertu desquels aucune dette ou dettes, somme "ou sommes d'argent, biens, meubles et effets, ont été contractés, stipulés, ou "assurés ou ont été recouvrés ou faits, ou sont payables ou livrables et au moyen "desquels, des terres, tènements ou héritages, propriétés réelles ou immobilières "sont été et sont hypothéqués, chargés ou affectés, pour le paiement, satisfaction ou livraison d'iceux."

Telle est la règle générale établie par cette 4ème section, quant à l'effet rétroactif de l'ordonnance. L'exception est contenue dans le *proviso* sus-transcrit.

Puis la 32ème section porte que les dispositions de cette ordonnance s'étendront et s'appliqueront et seront obligatoires pour Sa Majesté, ses héritiers et "successeurs dans tous les détails y contenus."

Ainsi la 4ème section atteint la couronne, comme les particuliers. La question à décider est donc celle de savoir quel effet doit avoir le *proviso* ou exception qu'elle renferme, et si cette exception est susceptible de recevoir dans l'espèce, une interprétation aussi étendue que celle que le solliciteur général a voulu lui donner.

Je dois d'abord faire remarquer, que, de la part de la couronne, il n'y a eu d'enrégistré que l'acte d'acceptation de Smith, du 26 Juin 1828; les lettres patentes ne l'ont pas été.

L'enrégistrement de l'acte d'acceptation a été fait seulement le 1er Décembre 1853, tandis que les deux actes de créance que présentent les Intimés, et qui sont datés du 14 Novembre 1850, et du 12 Mars 1853 ont été enrégistrés, le premier, le lendemain de sa passation et le second le jour même de sa passation. Si pour la conservation de son hypothéque générale à l'encontre des tiers, la couronne était obligée de satisfaire à l'ordonnance de 1841 et à y faire, il lui suffisait de présenter à l'enrégistrement l'acte du 26 Juin 1828; elle se trouve ne l'avoir point fait en temps utile, pour pouvoir en invoquer le bénéfice au préjudice des Intimés.

Que de la part de la couronne, il y eut nécessité d'enrégistrer pour conserver la priorité de son hypothèque, cela ce me semble, ne peut souffrir aucun doute. Le fait seul de l'enrégistrement de l'acte du 26 Juin 1828, quoi qu'ayant eu lieu trop tard, prouve que l'on a reconnu cette obligation de la part de la couronne.

En effet, si le titre de créance que le Solliciteur Général veut faire valoir, n'est pas dans l'espèce, exempté de l'enrégistrement par le *proviso* de la 4ème section de l'ordonnance, il est évident que cette formalité aurait dû être accomplie en temps utile, c'est-à-dire avant l'enrégistrement pris par les intimés de leurs propres titres, puisqu'aux termes de la 52ème section, la règle générale établie par la 4ème section, doit s'appliquer à la couronne.

On ne saurait donner au *proviso* dont il s'agit, l'interprétation que le Solliciteur Géneral lui donne, sans contrevenir à l'esprit, au but même de la loi d'enrégistrement. Le législateur a eu en vue la *publicité* des hypothèques afin de protéger ceux qui contractent de bonne foi avec les possesseurs de biens-fonds.

Pour arriver à cette fin, non seulement il a décrété pour l'avenir, mais encore pour le passé, en appliquant, par l'effet de la rétroactivité, les dispositions de sa loi à tous les actes antérieurs dont j'ai donné plus haut l'énumération. Le *proviso* ne doit recevoir d'application qu'au cas même pour lequel, d'après sa lettre, il a été évidemment introduit comme exception à une règle générale. On ne saurait, par simple voie interprétative, l'étendre à d'autres cas; ainsi, l'exemption d'enrégistrement qu'il comporte ne peut atteindre que l'immeuble qui a fait l'objet de la concession originaire, octroyée par lettres patentes, ou autre titre mentionné dans le *proviso*. Elle ne doit pas atteindre d'autres immeubles du débiteur, étrangers à cette concession, mais frappés néanmoins de l'hypothèque générale qui en résulte. Tel est le cas dans la présente instance, puisque l'immeuble qui a été décrété sur le Défendeur, et dont le prix est à distribuer, n'est pas celui qui a fait l'objet des lettres patentes du 24 Juin 1828, et de l'acte d'acceptation du 26 du même mois. S'il en devait être autrement, on n'atteindrait pas le but de l'ordonnance, qui est de faire connaitre aux tiers les hypothèques secrètes pour qu'ils puissent se garantir contre la fraude ou la mauvaise foi des personnes avec lesquelles ils contractent. En exigeant l'enrégistrement, le législateur a voulu donner à ces tiers le moyen de s'assurer s'ils étaient exposés, ou non, à être troublés par des hypothèques pré-existantes.

L'exemption que comporte le *proviso* dont il s'agit n'est pas contraire à ce but général de la loi, si son effet doit se borner au cas qu'il a prévu, c'est-à-dire à l'immeuble qui a fait l'objet de la concession originaire. Il est facile de se rendre compte de cette exemption et du motif qui l'a dictée, et en même temps de faire voir qu'ainsi restreinte, cette exemption ne peut porter préjudice à celui qui veut prêter sur l'hypothèque de cet immeuble ou en faire l'acquisition. Il lui suffit de recourir à la simple précaution d'exiger du propriétaire la représentation du titre originaire de concession. Ce titre lui fera connaître s'il impose sur l'immeuble, des charges ou des hypothèques qui sont en dehors de la tenure même de cet immeuble, et qui ne découlant pas, de plein droit, de cette nature, pouvaient être éteintes. En usant de ce moyen, il ne peut être induit en erreur par le [illegible]

The Sol. Genrl. Pro Regina v. The People's Building Soc.

Mais s'il s'agit d'un *autre* immeuble que ces mêmes charges et hypothèques atteignent également en vertu d'un titre de concession qui lui est étranger, un tiers n'aura pas les moyens de les connaître, si le propriétaire garde le silence sur leur existence ; et si, en pareil cas, la voie de l'enregistrement ne vient pas à son secours, il est exposé aux mêmes dangers auxquels il était exposé sous la législation antérieure à l'ordonnance de 1841, dangers contre lesquels le législateur a voulu, néanmoins, par cette loi lui donner les moyens de se prémunir et de se garder.

Je suis donc d'opinion que le Jugement dont est Appel, doit être confirmé.

Aylwin J. (dissenting.) The hypothecary claim which the Crown seeks to enforce, rests upon a notarial instrument dated the 26th June 1828. It is prior in date to the Registry ordinance, of the 4 Victoria, cap. 30, and therefore bore an *hypothèque générale*, upon the immoveables of Charles Smith the original debtor, besides being special as to the particular property granted to him by the Letters Patent. The question which arises, is whether under the fourth section of the ordinance this instrument became subject to registration ? Now it refers to the grant contained in the Letters Patent of the 24th June 1828, and after reciting that grant, it expresses a formal acceptance of the Patent, and in compliance with one of its conditions, Smith, the grantee, binds himself to pay to the Crown, an annual rent of £110.

The instrument is the complement of the Letters Patent, and both together, constitute the "original grant, Letters Patent conveyance or title by which "lands have been granted *à titre de cens*," and the annual payment stipulated is "a rent sum of money, due, duty, or service therein or thereby stipulated or "reserved by the Seignior, original grantor, or Lord of the fee." This instrument then, and this rent, fall directly within the letter, as well as the spirit of the proviso of the 4th section of the ordinance, and are expressly exempted from the operation of the new law and taken out of it. If it fall within the proviso at all, it falls within it, to all intents and purposes : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* If the instrument required no registration to preserve the special hypotheque, upon the land granted by the Crown, where is the provision of the Statute which compels registration of the *hypothèque générale* ? To resort to the *argumentum ab inconvenienti*, is to legislate not to construe the ordinance. The proviso must stand and must be carried out, it is the enacting clause that has to yield, according to the true rule of construction of Statutes. The exemption from registration of the special hypothèque, is as much opposed to the publicity, which the ordinance professes to aim at, as that of the general hypothèque—the only difference is as to the degree or extent of the mischief. Subsequent mortgagees of the land granted under the original conveyance or title, are as much exposed to loss, by non registration, as the Building Society, in respect of the immoveable now in question. The evil is restrained and limited by the construction put upon the proviso by the Court below, to the immoveable granted, but the remedy as to mortgagees upon other immoveables of the same grantee should be furnished by the Legislature not by the Courts of Justice.

The Sol. Genrl. Pro Regina v. The People's Building Soc.

But the legislature seems to have intended by this proviso in the 4th section, only to carry out the spirit of the proviso in the 2nd section, with reference to registration of instruments "from and after the day on which this ordinance shall come into force and effect." This second section ordains and enacts "that "it shall not be necessary to register any memorial as aforesaid for arrears of "cens and rentes, *or rents due to the Seignior or Lord of the fee*, for a period "not exceeding seven years, *or for seigniorial services or dues other than Lods "et Ventes*, or for arrears of *rentes foncières*, or ground rents for any period "not exceeding seven years," and that "to these *several descriptions of privi-"leged debts, the provisions of this ordinance shall not extend.*" The grant made by the Crown in this case was made in the Seigniory of *Notre Dame des Anges*, as Lord of the Fee; the annual rent reserved in the Patent and secured by the instrument in question, *is a rent due to the Seignior or Lord of the fee*, it is "*a seigntorial service or due, other than Lods et Ventes*," it is therefore one of the "several descriptions of privileged debts to which *the provisions of the ordinance shall not extend.*" The fact that the Crown has judged it proper to cause this instrument to be registered, and that this registration was made subsequently to the registration of the hypothèque claimed by the Respondent does not touch the question, if there was no obligation to register at all.

I am therefore of opinion to reverse the judgment of the Court below; the majority of the Court is however against me, and the Respondents are thus rescued from a rigid construction of the law, which at the same time that I believe it to be the right one, I am bound to say, would bear harshly and even oppressively upon them, in this particular instance.

The Judgment in Appeal is as follows:

"The Court of Our Lady, the Queen, now here, having heard the parties by their counsel, respectively, examined as well the record and proceedings in the Court below, as the reasons of Appeal of the Appellant, and the answers thereto, and mature deliberation on the whole being had:—Considering that in the rendering of the Judgment of the Court below, there is no error; Doth confirm the said Judgment, to wit, the Judgment rendered by the Superior Court, at Quebec, on the nineteenth of April, one thousand eight hundred and fifty six; and orders that the record be remitted to the Court below. (The Honorable Mr. Justice Aylwin dissenting)."

Judgment confirmed.

The Solicitor General, *pro Regina*.
Casault & Langlois, Attorneys for Respondents.
(P. W. T.)

DISTRICT OF MONTREAL.

[illegible], JANUARY 15, 1857.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE, Bart., C. J., AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

No. 173.

BOSTON et al., *(Plaintiffs in the Court below,)*

Appellants;

AND

TAYLOR, *(Defendant in the Court below,)*

Respondent.

ATTORNEY *ad litem*—LIABILITY FOR SHERIFF'S FEES AND DISBURSEMENTS.

HELD that the Attorney *ad litem* is personally liable to the Sheriff for his fees and disbursements on writs of execution issued on the *fiat* of the Attorney.

This was an Appeal from a judgment of the Superior Court, District of Montreal, composed of S. C. Monk, J. F. Pelletier, and J. A. Berthelot, Esquires Assistant Justices, dismissing an action instituted by Messrs. Boston and Coffin, the late Sheriff of the District of Montreal, in May 1852, against an Attorney of the said Court, to recover fees of office and disbursements which they alleged, to be due themas such Sheriff, by the Defendant, in and about the execution of certain writs at the request of the Defendant and also at the request, of the late law firm of Taylor and Hartley, of which, the Defendant was a partner. The other partner, Hartley, as appeared by the pleadings was a resident of the State of Massachusetts, United States, at the time of the institution of the action.

The declaration was drawn in the *assumpsit* form, with numerous general counts, alleging promises to pay, and the particulars of the demand appeared, by accounts and statements fyled as Plaintiffs' Exhibits Nos. 1 to 7.

The Defendant fyled seven Pleas to the Action, viz :

1*stly.*—A *défense au fonds en droit* to the 7th, 8th, 10th, 11th and 12th counts of the declaration, which was dismissed.

2*ndly.*—The non-joinder of Wm. M. B. Hartley, Defendant's partner.

3*rdly* That the Plaintiffs had no right of action against Defendant, but should have directed their demand against the persons, parties to the actions in which the proceedings in question were taken, on whose behalf the Plaintiffs had acted.

4*thly.*—That according to the invariable practice and custom of the Plaintiffs' office, their charges for the fees and disbursements in question were payable by the parties in whose names they were incurred, and never by their Attorneys, and that they were paid by those parties ; and moreover that the Defendant never promised to pay them, or demanded or received from his clients, any monies with which to do so.

5*thly.*—A prescription of five years.

6*thly.*—A statutory prescription of three years.

7thly.—A special denial that any of the services charged for by the Plaintiffs were ever rendered, or any of the disbursements ever made.

Upon these Pleas issues were joined by the Plaintiffs; evidence was gone into by the parties respectively; and eventually the Judgment now appealed from was rendered, maintaining the propositions of law and fact enunciated by the Defendant in his 3rd and 4th Pleas, and also declaring the demand not proven.

The Judgment of the Superior Court was as follows:

"The Court having heard the parties by their Counsel, examined the pro-
"ceedings and proof of Record, and having upon the whole maturely delibe-
"rated; considering that in the several cases in which the fees and disburse-
"ments for the recovery of which the present Action was instituted against the
"said Defendant, are alleged to have accrued and become due to the said
"Plaintiffs, he the said Defendant acted in his professional capacity of Attorney
"*ad lites*, and in that capacity only; and considering that it is not proved
"that, as such Attorney *ad lites* he the said Defendant in such cases exceeded
"his authority as professional mandatory of the parties whom he represented,
"and for whom he is alleged to have acted; and considering that there is no
"proof whatever of any express or implied agreement and undertaking, by
"word on the part of the said Defendant to pay the said alleged fees and dis-
"bursements, or any part thereof; considering that the Defendant was not
"bound by law to pay the same or any part thereof, and that no usage imposing
"such obligation has been proved by the Plaintiffs, and seeing finally that the
"Plaintiffs have failed to establish by sufficient proof, the material allegations
"of their declaration, doth dismiss the said Action with costs."

At the argument in Appeal, the Respondent did not urge the non-joinder of Hartley nor the Pleas as to prescription.

Sir Louis H. Lafontaine, Bart., Chief J.—Un Shérif a-t-il pour le paiement de ses Honoraires et de ses avances, une action contre le Procureur *ad litem*, qui le charge des actes de procédure à exécuter, ou bien n'a-t-il de recours que contre la partie de ce Procureur? En d'autres mots le Procureur est-il le mandant du Shérif?

La question s'est présentée dans cette cause devant la Cour Supérieure à Montréal et a été jugée dans la négative, le 18 Octobre 1855, par trois des Juges Assistants de cette Cour; et le Shérif a interjeté appel. L'office de Shérif, étranger à l'organisation judiciaire de la France, était inconnu en Canada avant le changement de domination. Nos lois statutaires, en l'introduisant dans cette Province l'ont emprunté aux institutions anglaises, et y ont, de plus, attaché des attributions spéciales en matière civile. Dans l'exercice de certaines de ces attributions, les Shérifs ont remplacé l'*huissier*, le *gardien* et le receveur des *consignations* du droit français. Cela a eu lieu principalement à l'égard des brefs de sommation (1) et d'exécution des biens et effets mis sous

(1) Par suite d'une modification récente apportée aux premiers statuts, les assignations dans les causes ordinaires peuvent être données directement par un huissier, sans l'intervention du Shérif.

Boston et al. v. Taylor.

saisie, et des deniers provenant de la vente que les Shérifs font de ces mêmes biens et effets. Ils ont été, par conséquent, soumis à la même responsabilité à laquelle étaient soumis, par le droit français, les trois officiers ministériels qu'ils ont ainsi remplacés. (1)

Notre Statut Provincial de 1836, Chap. 10, Sec. 9. porte expressément en forme de disposition déclaratoire " que les divers Shérifs ou Coronnires, de cette " Province, en faisant servir et exécuter tous mandats de sommation et d'exécu- " tion, ou autres procédures civiles, ayant charge et sauve-garde de biens et " effets sous saisie, ainsi que pour recevoir, garder en sûreté et payer tous " argents par eux prélevés en vertu d'aucun mandat d'exécution, seront " sujets (responsables) à tous égards, et de même que tout *huissier*, *gardien* ou " *receveur de consignations*, aurait pu l'être en vertu des lois du Canada, avant " l'année de notre Seigneur 1759." Puisque cette responsabilité dans toute l'étendue qu'elle avait en France, est attachée à l'office de Shérif dans le Bas-Canada, le même droit d'action que l'*huissier*, le *gardien*, et le *receveur de consignations* pouvait avoir contre celui qui les employait, pour le paiement de leurs salaires et de leurs avances, doit pour cette raison là même appartenir au Shérif. Il serait injuste de laisser subsister l'une sans l'autre. Or, si l'huissier, en France, avait une action contre le Procureur, le Shérif doit avoir la même action contre le Procureur en Canada.

Il a été démontré en cette cause que ce n'est pas pour la première fois que la question se présente devant nos tribunaux. Les Appelants nous ont rapporté trois décisions de l'ancienne Cour du Banc de la Reine, pour le District de Montréal, qui, toutes, ont donné gain de cause au Shérif contre le Procureur *ad litem*. Ils ne pouvaient manquer de citer l'une de ces décisions puisqu'elle a été rendue contre l'un des Appelants. C'est celle prononcée dans la cause de *C. O. Ermatinger*, contre *Boston*, le 19 Juin 1830 (2) et par conséquent dès avant la promulgation de l'Acte Provincial ci-dessus indiqué. Les deux autres décisions ont été rendues, l'une dans la cause de *Gugy vs.* O'Sullivan et al., jugée le 10 Juin 1837, et l'autre dans la cause du même Demandeur contre Philippe Bruneau. (3)

Dans une autre cause portée en 1836, devant le même tribunal, contre feu *Sir James Stuart* par *C. O. Ermatinger*, mais qui parait avoir été arrangée entre les parties avant Jugement, le Défendeur qui avait contesté la demande sur des principes étrangers à la question dont il s'agit, disait, en répondant à des interrogatoires sur *Faits et Articles* : " The Attorney *ad liten* is understood to be liable to the Sheriff for services performed at his instance. . . . "

L'autorité que ces décisions doivent avoir, surtout celle rendue dans la cause de *Gugy* vs. *Bruneau*, jugée contradictoirement sur une exception formelle du

(1) Stuart's Reports, p. 75 ; McClure vs. Shepherd, et la cause de McAuley vs. Shepherd, citée à la note.

(2) La Cour composée du Juge en Chef Reid et des juges Uniacke et Rolland.

(3) Dans la cause de *Gugy* vs. O'Sullivan et al. la Cour était composée des Juges Pyke et Gale, et dans la cause de *Gugy* vs. Bruneau, la Cour était composée du Juge en Chef O'Sullivan et des Juges Pyke et Gale.

Défendeur, et le poids que doit avoir l'opinion du ci-devant Juge en Chef, Sir James Stuart, ne sauraient être méconnus. On doit d'autant plus respecter ces décisions que l'Intimé ne nous rapporte pas de décisions contraires qui pourraient tendre à les affaiblir, en présentant l'état de la jurisprudence comme étant encore incertain. Mes confrères qui ont pratiqué devant les Tribunaux du District de Québec, dont ils ont ensuite été membres, m'assurent que ces Tribunaux jugeaient la question de la même manière. On doit donc voir dans ces décisions uniformes, une jurisprudence qui doit être d'une grande force dans la présente instance; jurisprudence, qui, évidemment ne pouvait emprunter son principe que de ce qui se pratiquait autrefois en France dans des cas analogues. Aussi les Appelants ont-ils eu raison de citer l'espèce rapportée dans la nouvelle collection de *Denisart*, au mot "huissier," t. 9, p. 725, No. 21. Dans cette espèce il est évident que le Procureur qui était poursuivi par l'huissier fut regardé comme étant le mandant de ce dernier, et que si l'huissier fut débouté de son action, c'est parce qu'il ne l'avait pas porté en temps utile. Ici, comme on l'a remarqué de la part des Appelants, *exceptio probat regulam*. La règle que le Shérif invoque n'a pas été une règle de l'ancien droit français seulement, dont les principes doivent gouverner la jurisprudence du Bas-Canada. C'est encore la même règle qui paraît prévaloir en France dans le nouveau droit. En effet nous lisons dans *Bioche*, "Dict. de proc. civile et commerciale, 3ème édition, t. 4, au mot "huissier," No. 427: "Les huissiers ont-ils une action contre les "avoués qui les ont chargés sans qu'ils aient été en relation avec les parties?

"L'affirmative a été jugé par le Tribunal de Bruxelles, le 4 Janvier 1815; "et le pourvoi contre ce Jugement a été rejeté, attendu que cette décision ne "pourrait constituer qu'un mal-jugé, ne donnant pas lieu à cassation, No. 428. "L'huissier peut exercer cette action avant même que l'avoué ait recouvré les "frais; l'*avoué est le véritable mandant*; l'huissier a dû compter sur lui, Bour- "ges, 11 Juillet 1840. Dans l'usage les huissiers attendent que l'avoué soit "soldé de ses frais."

Boston et al. v. Taylor.

Cette règle de la responsabilité du Procureur ou avoué envers l'huissier, en France, et, par contre-coup, envers le Shérif en Canada n'est pas particulière au droit français. Elle paraît exister aussi dans la jurisprudence anglaise, d'où elle a passé dans la jurisprudence de l'Etat de New-York. Nous lisons, au 5ème volume de *Johnson's Reports*, pages 522–4, l'opinion de la Cour Suprême de cet Etat, exprimée par le Juge THOMPSON, dans la cause de *Adams* vs. *Hopkins*: "The Sheriff has a right to look to the Attorney for his poundage. He is his "immediate employer. The Attorney cannot be considered as acting in the "character of a known agent, so as to charge the Sheriff with giving credit to "the principal. The Sheriff has no discretionary power left him, whether to "perform the service or not, he is bound to execute every legal process delivered "to him, before he can demand his fees (1 Salk. 330, 331.) All reasonable "security ought therefore, to be extended to him, to insure a compensation to "him for his services. He cannot be presumed to be acquainted with the resi- "dence or responsibility of parties. Very different is the situation of an Attor- "ney. He is not bound to undertake any suit, nor incur any responsibility, "without a reasonable indemnity, if suspicious of his employer."

Boston et al., v. Taylor.

" But admitting an Attorney to stand in the situation of a general agent, " this would not exonerate him, for in such cases, it is not only necessary that " the agent should act in his official capacity, but that it should appear that the " creditor intended to look to the principal for compensation. The general " practice of looking to the Attorney, repels every presumption of credit being " given to the client. . . . " Et, dans une autre cause, jugée quelque temps après par le même Tribunal et rapportée dans la même collection, vol. 9, pages 113-114, *Ousterhout* vs. *Day* : " The Plaintiff as Sheriff was entitled to look to the " Attorney for his fees, and, in this case, he has elected to look to him exclu- " sively, and has given to him the whole credit. "

Le principe de l'action du Shérif contre les Procureurs, repose sur la nature particulière des relations que les devoirs de sa charge établissent nécessairement entre eux. A la présentation, par un Procureur, d'un ordre à exécuter, le Shérif est obligé d'agir, sous peine d'être responsable des dommages-intérêts qui peuvent résulter de l'inexécution. Il est, de plus, obligé d'agir dans un certain délai, fixé, soit par l'ordre judiciaire dont le Procureur le charge, soit par la loi. Dans le cas d'un mandat ou bref *de terris*, dont l'exécution entraine de sa part des avances considérables, la loi ne lui permet d'exiger, *à compte de* ces avances, avant d'agir, que la modique somme de vingt chelins. (1) Dans un grand nombre, si ce n'est même dans la plupart des cas, le Shérif ne connait pas, et n'a pas les moyens de connaitre les parties. Souvent, ces parties résident en pays étranger. Si le Shérif doit être censé, ne contracter qu'avec elles par l'entremise de leur Procureur, et n'avoir, en conséquence, de recours que contre elles, pour le paiement de ses honoraires et la remboursement de ses avances, on le met dans la nécessité de contracter avec des personnes, avec lesquelles il serait de son intérêt de ne le pas faire, pour ne pas encourir une perte certaine, soit à raison de leur insolvabilité, soit à raison de l'éloignement de leur residence, qui, en pareil cas, pourrait rendre très difficile et très dispendieuse, si ce n'est même souvent tout-à-fait illusoire, toute tentative de recouvrement. Si le Shérif ne connait pas les parties, ou s'il ne connait pas leurs moyens, est-il juste de le faire, malgré lui, contracter avec elles, sans lui donner l'occasion de prendre des renseignements, et lui laisser la faculté d'exécuter l'ordre que leur Procureur *ad litem* lui présente, ou de ne pas l'exécuter, selon que, d'après les renseignements, il aurait raison de compter, ou de ne pas compter sur un recours efficace ? Dans les cas où il serait évidemment exposé à une perte certaine, serait-il juste de le mettre dans la nécessité d'encourir cette perte ? Assurément non.

D'un autre côté, le plus souvent, il n'aurait pas le temps de prendre ces renseignements, surtout dans le cas où le Procureur ferait émaner, après le décès de sa partie, un bref d'exécution contre la partie Défenderesse, en vertu de la règle " le mort exécute le vif " ; car il est obligé d'agir dans un délai fixe, et ce délai peut n'être pas suffisant pour recueillir ces renseignements. En outre, la faculté d'avoir recours à ces renseignements, pour valoir quelque chose, suppose nécessairement la faculté d'agir, ou de ne pas agir, après ces rensei-

(1) 6. Guillaume 4, Chap. 15, Sec. 25.

gnements ont été obtenus. Or, cette dernière faculté, la loi l'a déniée au Shérif. On ne peut donc pas dire qu'ainsi forcé d'agir pour une partie qu'il ne connait pas, ou que, s'il la connait, il sait être insolvable, le Shérif est censé n'avoir compté que sur cette partie pour son remboursement, et n'avoir eu intention de ne faire crédit qu'à elle seule. Le cas est bien différent avec le Procureur *ad litem*, puisque libre d'agir ou de ne pas agir pour la partie qui veut l'employer, si cette partie ne lui assure pas la rénumération à laquelle il a droit, il doit être nécessairement censé connaitre les moyens de cette partie ; il est juste qu'à moins d'une convention contraire, cette connaissance qui lui est personnelle, l'oblige de même personnellement envers le Shériff dont il a le droit d'invoquer le ministère en faveur de son client, que le Shérif le veuille ou ne le veuille pas, puisque celui-ci n'a aucune discrétion à exercer. Si son client est insolvable, il serait donc au pouvoir du Procureur d'exposer le Shérif à une perte qu'il saurait être certaine, sans que le Shérif eut aucun moyen de l'éviter ! Cela répugne à toute idée de justice, vû la situation que la loi a faite aux Shérifs.

C'est en vain que l'on dira que le Procureur *ad litem* n'est que le mandataire de son client ; que dans l'exécution de ce mandat, il ne doit pas être censé s'obliger lui-même, mais obliger seulement son client ; et que le contrat de mandat étant gratuit, il n'est pas juste de rendre le mandataire personnellement responsable. Outre que, par le temps qui court, il y a, dans nos mœurs, bien peu de mandats qui s'exécutent d'une manière gratuite, on ne saurait mettre dans ce nombre le mandat *ad litem*, puisque nos lois donnent au Procureur le droit de réclamer une rémunération. Ainsi, lorsqu'un Procureur fait exécuter des actes de procédure, il agit, tant pour son profit que pour celui de sa partie. Il est donc intéressé personnellement, lorsque le besoin le requiert, à avoir recours au ministère du Shérif, et celui-ci est obligé de le lui prêter, *volens, nolens*. Le Procureur devient donc, à raison de leurs relations particulières, [illegible] auxquelles lui seul peut prendre l'initiative ; le *mandant* du Shérif, pour ainsi dire.

Quelles seraient les conséquences du système contraire, celui dans lequel un Shérif, chargé par le Procureur *ad litem*, d'exécuter des actes de procédure, n'aurait néanmoins pour obligée, que la partie au nom de laquelle ces actes sont émanés ? Le Shérif, dans notre organisation judiciaire ne peut pas les exécuter seul ; il est obligé d'employer des députés ; et lorsqu'il s'agit d'un mandat *de terris*, il est obligé d'avoir recours aux propriétaires des journaux dans lesquels ses annonces doivent être publiées. Et dans tout cela, il n'agit pas de son propre mouvement, mais seulement par suite des ordres dont le Procureur l'a chargé. N'y aurait-il pas la même raison d'invoquer en sa faveur, quant à la rénumération de ces députés et de ces imprimeurs, la même règle d'exemption de responsabilité que le Procureur invoque pour lui-même quant à la rénumération et aux avances du Shérif ? Si le Procureur peut dire au Shérif : "Je ne suis "que le mandataire de ma partie, c'est elle seule, qui est obligée envers vous ;" le Shérif ne peut-il pas dire à son tour à son député et à l'imprimeur, et encore avec bien plus de plausibilité ; "Je n'agis, aussi moi, que comme sous-"mandataire de la même partie, ayant été substitué à cette fin, dans cet

Boston, et al., and Taylor.

"étage de la procédure, par son mandataire direct, son procureur *ad litem*, et la "loi me contraint d'agir en cette qualité ; la partie de ce Procureur est donc seule "obligée envers vous." Ainsi, le député du Shérif, l'imprimeur du journal, se trouveront n'avoir de recours que contre une personne dont ils n'ont jamais entendu parler, dont la solvabilité ne leur est pas plus connue qu'au Shériff lui-même, encore moins peut-être ! Le Shérif, son député, l'imprimeur seront donc exposés à subir la perte de leurs avances et de leur rénumération, et cela uniquement parce que le Procureur qui agissait en pleine connaissance des faits, aura jugé à propos de requérir l'interyention du Shérif ! Ce système ne me parait pas soutenable. Aussi a-t-il été répudié par un Jugement de la Cour Supérieure, rendu à Montréal, le 31 Octobre 1851 (1), dans une cause de *Stevenson*, curateur, à la succession vacante de *John C. Fisher*, imprimeurs de Sa Majesté contre les Appelants mêmes en la présente instance. Si l'imprimeur a droit d'action contre le Shérif, c'est parce que celui-ci l'a employé. La même raison doit donner au Shérif droit d'action contre le Procureur.

Les sociétés entre Procureurs pour l'exercice de leur profession sont reconnues dans le Bas-Canada. M. Taylor l'Intimé, ayant été quelque temps en société avec M. Hartley, est appelé dans cette instance, à répondre non seulement à une demande qui le concerne seul, mais encore à une demande qui comprend une dette de "Taylor et Hartley." M. Taylor étant poursuivi seul, la question de solidarité se présente, c'est-à-dire, le Shérif a-t-il droit d'action contre lui pour le tout ? J'adopte, sans difficulté l'affirmative, c'est la conséquence du principe que j'ai posé ci-dessus, à savoir : que le Procureur était le *mandant* ou *commettant* du Shérif. De même que le Procureur qui est chargé d'un procès par plusieurs personnes à une action solidaire contre elles pour ses avances et ses honoraires, de même le Shérif, lorsqu'il est chargé par deux Procureurs du même acte de procédure doit-il avoir un recours solidaire contre eux. "Lorsque le mandataire a été chargé du mandat par plusieurs personnes "il peut intenter cette action solidairement contre chacun des mandans." Pothier, du mandat No. 82. Les Procureurs sont des Officiers Publics. (Voir les commentateurs sur l'Ord. de 1667, titre 34, Art. 4.) "De ce nombre (c'est-à-dire *personnes publiques*, mots employés dans cet article) sont aussi certains Officiers Publics, tels que les Greffiers, Procureurs et Huissiers. Nouv. Denisart, t. 5, vbo. "Contrainte par corps." Je suis porté à dire qu'en cette qualité les Procureurs doivent encore etre sujets à la solidarité. Il est encore une autre raison qui me fait admettre l'action solidaire du Shérif. L'acte de procédure dont il est chargé par deux Procureurs, qui exercent en société, est, de sa nature un acte indivisible, il ne peut pas s'exécuter par parties aliquotes. Lorsque MM. Taylor et Hartley chargeaient le Shérif d'exécuter un *bref de terris*, ou une contrainte par corps, l'un ne pouvait pas lui dire : vous en exécuterez la moitié, ou le quart, pour moi, et la moitié ou les trois quarts pour mon associé. Cela ne peut pas même se concevoir. L'exécution avait donc lieu, dans son intégralité, pour les deux Procureurs et pour chacun d'eux.

Aylwin, J.—Partnerships among Attorneys are not recognised under the old law of France, that is, at common law in Lower Canada, (1 *Legrand sur Troyes*,

(1) *Coram* MM. les Juges Day, Smith et Mondelet, 2 L. C. Reports. 17.

t. 6. art. 101, *glose* 1, *No.* 17.—*Arrêt du Parlement de Paris, du 8 Février* 1812; *cité par Mornac dans Digest*: 17, 2, 54, *t.* 1. *p.* 1002; 3. *Troplong, Société, Nos.* 88 *à* 98.) The practice was introduced among us for the first time about thirty years ago, and was derived from that of the Courts of England. In determining the liabilities of the members of such partnerships, resort must therefore be had to general principles in our law and to analogous cases in the English books. As a rule "there cannot lawfully be a partnership in a mere "personal office, especially when it is of a public nature and involves a distinct "personal confidence in the skill and integrity of the particular party" (Story, partnerships, Sec. 81.) The association of several in the performance of the duties of one office produces an indivisible obligation and repels a divided responsibility among the partners. They are "joint agents and as such are jointly "accountable and answerable for one another, and for the whole" (Story on Agency, Sec. 44.) *Duobus quis mandat negotiorum administrationem, quæsitum est, an unusquisque mandati judicio in solidum teneatur? Respondi unumquemque pro solido conveniri debere.* Digest, 17, 1, 60, Sec. 2. The Courts in the exercise of the summary jurisdiction which they possess have controlled partnerships among Attornies in a manner to distinguish them from all other such associations. The liabilities of a partnership between Attornies of necessity are made more stringent both towards their clients and the officers of the Courts, than as obtains in all other partnerships. Where a demand was placed in the hands of two Attornies, who were in partnership, for collection, and before the money was collected on the execution, the partnership was dissolved, and afterwards one of them received the money from the sheriff *and gave a receipt in his own name*, but neglected to pay over the money to the Plaintiff, it was held that both were liable as co-partners. *Poole vs. Gist*, 4 *McCord*, 250; *Collyer on Partnership*, p. 313, note 117. Solicitors in partnership cannot dissolve their partnership as against their client, without his consent, so as to enable the retiring partner as discharged to act against him. *The practice of solicitors partners dividing their business and considering only one as agent to the other disallowed*, the client being entitled to their united exertions. Earl Cholmondeley *vs.* Lord Clinton, 19 Vesey's Rep., 272. The members, though several, make but one officer, and it is the character of the office which fixes upon each partner a joint and several responsibility. It would be absurd to suppose that in a law partnership composed of five members, it would be in the power of one, upon payment of one fifth of his client's monies, to send him to the other partners for the remainder, and to claim liberation from the entire debt. The *contrainte par corps*, or imprisonment, to which, in such cases, attornies, as *personnes publiques*, are liable, is not more divisible than is the obligation of each partner to satisfy the claim in its entirety. As to the personal liability of an attorney to the other officers of Court for the payment of their fees, that is well settled in our own law, as it is in that of England. "If an attorney employs a stationer to do any-"thing for which he makes a charge, he is liable, *as he is for the fees of the* "*officers of the Court*, for these are ready-money transactions, *for which the per-*"*son engaged in the business of the Court is liable*; for it cannot be presumed "that the *client would authorize him to pledge his credit where no credit is given.*

Boston et al., v. Taylor.

"It is known *the Marshall does not receive his fees from the party, but, on the "contrary, from the attorney, who is daily practising there, and who is bound to "pay, and not his client.*" *Per Lord Abinger, in Robins vs. Bridge*, 3 *Meeson and Welsby* 118. Under our system, the attorney is entitled to the *distraction de depens*, not unlike in operation to the lien of the attorney in England, which proceeds upon the presumption that the advances have been made by him as *dominus litis*, and not by the client. How, then, can the attorney claim the benefit of the *distraction*, if he denies his personal liability for the fees and disbursements which are comprised within it? The sheriff, who is compellable to act by the attorney, cannot be referred to the client in the present instance, and the liability of the *Respondent* being *in solido* with his late partner, I am of opinion that judgment must be entered up against him for the entirety of the amount due.

Caron, J., concurred, though not without hesitation as to the liability *in solido*.

Duval, J., also concurred as to the liability of the attorney in an action at the suit of the sheriff, but dissented from the majority of the Court as to the joint and several liability of the partners in a law firm. He was of opinion that their obligation was divisible *in solutione*, even though it were indivisible *in obligatione*.

The judgment of the Court of Queen's Bench is in the following terms:

"La Cour, après avoir entendu les parties, par leurs Avocats, examiné le "dossier et les procédés en Cour de première instance, les Griefs d'appel pro- "duits par les Appélants et les réponses à iceux et, sur le tout mûrement déli- "béré, considérant en loi, que le Shérif a droit d'action personnelle contre le "procureur *ad litem*, principe qui a déja été consacré par plusieurs décisions "des tribunaux de cette province; en fait, que les Appelants ont fait preuve de "leur demande contre l'Intimé, jusqu'a concurrence de la somme de quarante "six livres, dix sept chelins et six deniers du Cours actuel, et qu'ils auraient dû "obtenir jugement pour cette somme; que, par conséquent, la Cour de première "instance, en déboutant les Appelants de leur action, a mal jugé, infirme le "jugement dont est appel, savoir le jugement rendu par la Cour Supérieure "siégeant à Montréal, le dix huitième jour d'Octobre mil huit cent cinquante "cinq; et cette Cour procédant à rendre le jugement que la dite Cour aurait "dû rendre, condamne l'Intimé à payer aux Demandeurs, pour les causes énon- "cées dans leur déclaration, la dite somme de quarante six livres, dix sept che- "lins et six deniers du cours actuel, avec intérêt sur icelle à compter du vingt "neuvième jour de Mai mil huit cent cinquante deux, jour de l'assignation, et "aux dépens tant en la dite Cour Supérieure qu'en la présente Cour, et il est "ordonné que le dossier soit remis à la dite Cour Supérieure siégeant à Mont- "réal." (1.)

Torrance, Morris and Lambe, Attorneys for the Plaintiffs.

Abbott and Baker, Attorneys for the Defendant.

Judgment reversed.

(*R. W. T.*)

(1) *Vide* also Walbank, v. Quarterman, 4 C. B. Reports, 94.

FROM THE DISTRICT OF MONTREAL.

QUEBEC, 7TH JANUARY, 1857.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE, BART. C. J., AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

No. 100.

DAVID, *(Defendant in the Court below,)*

Appellant.

AND

THOMAS, *(Plaintiff in the Court below,)*

Respondent.

Held, that no responsibility attaches to the exercise of an absolute right; that such is the right of a lessor to proceed at will, by way of *saisie-gagerie*, against his tenant, and that the exercise of such right cannot in law give rise to an action of damages, whatever may be the motive by which the landlord is prompted, and however rigorously such right may be exercised.

This was an Appeal, from a Judgment of the Superior Court at Montreal rendered on the 28th of June 1855, condemning the Appellant, on the verdict of a special Jury, to pay the Respondent an amount of £250 cy., for damages, besides interest and costs.

The Respondent's Declaration complained that the Appellant, with malicious motive towards the Respondent, "did falsely, illegally and maliciously, and "secretly and without any reasonable or probable cause, or right or color of "right whatever," sue out against the Respondent and against his goods and chattels "an illegal Writ of *Saisie Gagerie*," under date of the 9th of December 1854, in a certain cause therein described, for the seizure in his hands of his furniture and effects, in certain described premises then occupied by him as the principal place of his business as a grocer; that having caused such Writ to issue, he, the Appellant, did "order that the same should be enforced late, to wit, "at six o'clock of the evening of Saturday the 9th day of December last," when he well knew the premises would be crowded with customers; that he "did further "unlawfully, wantonly and maliciously direct and order that neither the Sheriff "nor the Bailiff charged with the said Writ should receive any other money "than gold coin" in payment, tho' no sum of money was named in the Writ as that for which it had issued; that no demand of payment had been made before the issue of the Writ; that under color of such Writ the Appellant "did "specially direct and order one Thomas O'Neill to enter, and he did accordingly "on the said 9th day of December last enter, in and upon the aforesaid premises "at the late, unlawful and unwarrantable hour of six of the clock in the even-"ing," and seize a large quantity of the Respondent's goods, principally in the "presence of a vast number of persons and customers," which goods were kept under seizure till the Respondent was forced, in order to relieve them, to pay

David v. Thomas.

sum of £64 cy., unlawfully claimed by the Appellant, and which the Respondent did pay under protest on the 11th; that such sum was not due, and the issuing of such Writ was "wholly illegal, unwarrantable and causeless, tortious and "malicious," &c.; and that by means of the premises, the Respondent had been "greatly injured in his credit and reputation with and amongst all his neighbours "and acquaintances, and all others Her Majesty's subjects to whom he was in "any wise known, and lost the said sum and sums of money, and the benefit "and use of the said goods and marchandize; and moreover those good and "worthy neighbours and acquaintances who formerly trusted the said Plaintiff "afterwards suspected and believed, and were induced to suspect and believe "him, the said Richard Thomas, to be insolvent, and would not trust and deal "with him as before that time they had trusted and dealt with him,"—the whole to his damage in the sum of £2000, for which (making option of a trial by Jury) he brought suit.

The Appellant by his Plea alleged that the Respondent had become lessee of the premises in question under a Notarial Lease from his, the Appellant's *auteurs*, in consideration of the payment of so much per quarter, and also of the city assessments; that from the Appellant's acquisition of the property, he had been his tenant on the same terms; that on the said 9th of December, the Respondent was indebted to him in a quarter's rent, amounting to £37 10s. due since the first of November previous, and also in a sum of £15 18s. of city assessments on the property; that the Appellant consequently had a legal right to proceed by way of *Saisie Gagerie*, for recovery of such debt, and did in fact so proceed in due and ordinary course of law, by issue of the Writ in this cause complained of; that the Sheriff placed such Writ in the hands of Thomas O'Neill, a sworn Bailiff, but in fact neither he nor O'Neill ever seized anything under it; that on the 11th of December, before any seizure was really effected under the Writ, the Respondent paid to the Appellant's Attorneys for him the said two amounts of £37 10s. and £15 18s., together with a sum of [illegible]2s. for taxable costs on such Writ, and a further sum of £5 for a quarter's rent due on the cellar of an adjoining house under a verbal lease; and lastly, that every averment of the Respondent's Declaration not precisely consistent with this Plea was untrue.

Issue having been joined generally, the cause went to trial before a Jury.

The Articulation of Facts submitted to the Jury and the finding of ten of their number thereupon, were as follows:

"FIRST.—Did the Defendant, at the period in the Plaintiff's Declaration stated, "sue out the Writ of *Saisie Gagerie*, of which the Plaintiff's Exhibit number "one purports to be a copy?—ANSWER. *He did.*

"If yea, was he actuated by malicious motives against the said Plaintiff in so "doing?—ANSWER. *He was.*

"SECONDLY.—Did the said Defendant, by himself and his Agents in that "behalf, specially direct and order that such Writ or process of *Saisie Gagerie* "should be executed in the manner and at the time in the said Declaration "mentioned?—ANSWER. *He did.*

"Thirdly.—Did the said Defendant, previous to the issuing of such Writ or "process of *Saisie Gagerie*, demand payment of and from the said Plaintiff, of "the sums of money stated in the Defendant's Plea in this cause fyled, to have "been paid by the Plaintiff, or any part thereof?—Answer. *He did not.*

"Fourthly.—Did the said Defendant order and direct Thomas O'Neill, in "the said Declaration mentioned, to enter in and upon the premises in the said "Declaration described, in the manner and at the time in the said Declaration "mentioned, and to perform the acts therein stated?—Answer. *He did.*

"If yea, did the said Thomas O'Neill so enter the said premises and perform "the said acts or any thereof in the manner and as stated in the said Declaration, "[Answer. *He did.*] or on the contrary, did the said Thomas O'Neill abstain "from seizing under the said Writ or process of *Saisie Gagerie*?—Answer. "*He did not.*

"Fifthly.—Did the said Plaintiff pay the sum of £64 currrency, in the said "Declaration stated, at the time and in the manner in the said Declaration "stated?—Answer. *Yes.*

"If yea, was he then indebted to the said Defendant in such sum of £64 "currency, or any part thereof, and if so, in how much?—Answer. *He was "indebted; less* £1 13s.

"Sixthly.—Was the said Plaintiff the tenant of the said Defendant, at the "time and in the manner in the Defendant's Plea in this cause fyled men- "tioned and set forth, and that in respect of the premises in such Plea described? "—Answer. *He was.*

"Seventhly.—Was the said Plaintiff, at the time of the suing out of the "said Writ or process of *Saisie Gagerie*, indebted to the said Defendant for rent "and assessments in the sums of money in the said Plea stated?—Answer. "*It appears he was, less as already stated.*

"Eighthly.—Did the said Plaintiff pay to the said defendant's Attorneys the "several sums of money in the said Plea mentioned, at the time, for the causes "and in the manner in the said Plea stated?—Answer. *Yes.*

"Ninthly.—Do you find for the Plaintiff or the Defendant, and if for the "Plaintiff, at what amount do you assess the damages?—Answer. *For plain- "tiff, damages* £250."

Upon these findings, the Appellant moved for a new trial, on the following grounds:

Because at the trial, the Respondent had wholly failed to prove that the Appellant had ordered the execution of the Writ in the manner complained of, —or any such entry by O'Neill, or other acts, as were complained of,—or that the Writ was sued out without reasonable or probable cause, or right or color of right whatsoever, or was in any wise illegal.

Because at the trial, the Appellant had fully proved that at the time of the suing out of the Writ, the Respondent was indebted to him in the sums of money, (less £1 13s.,) by him pleaded, for rent and assessments on the premises in ques- tion,—that the Appellant had done nothing in the premises that was illegal, or for which he could be liable in damages,—that, moreover, no real seizure had

David v. Thomas.

been made,—and that before seizure the Respondent had paid his Attorneys, as stated in his Plea.

Because the charge of the Judge was wrong in this; that he not only failed to charge to the effect that no real seizure had been made,—and that from the facts as proved, the Appellant was not shown to have done anything illegal, or for which by law he could be liable in damages; but did charge, that in law there had been such real seizure, that the Jury (if they saw fit) might conclude it to have taken place at or after seven,—that it was for the Jury to determine whether or not the acts of the Appellant were legal,—and that if they thought his conduct to have resulted from a malicious motive, they should find against him.

Because the findings of the Jury, on the second, fourth and last questions, and their verdict, were manifestly wrong, against the weight of evidence, and against law and justice.

Because, even supposing that the Respondent could be entitled to a verdict, the damages were excessive,

Because, by law, on the evidence adduced,—and indeed, even upon the findings of the Jury on the several questions submitted,—the verdict ought to have been for the Appellant.

This Motion was rejected; and the Appellant then met the Respondent's Motion for Judgment on the verdict, by a Counter-Motion for Judgment *non obstante veredicto*, based on the same grounds.

This latter Motion also was rejected, and the final Judgment of the Court rendered condemning the Appellant in £250 of damages, with Interest from the date of the verdict, and Costs.

Bethune for Appellant;—

At the trial, the terms of the Respondent's tenantcy were established, as stated in the Appellant's Plea; as also was the fact of his indebtedness, as pleaded, with the exception only that there appeared to have been a mistake made as to £1 13s. of the sum claimed to be due for assessments,—so much of the total claimed for assessments proving to have been really an assessment on another property of the Appellant's. On the 9th of December, this indebtedness subsisting, the Appellant, under the irritation caused by a dispute with the Respondent relative to the cutting out of a large sky-light in the roof of the house in question, caused a Writ of *Saisie Gagerie* to be sued out in ordinary form, without notification or previous demand of the debt, then nearly six weeks overdue. The Writ, being in ordinary form, of course bore no sum of money on its face. As is usual where prompt action is intended, the copy of the Writ for service was made out in the office of the Appellant's Attorneys. About three in the afternoon, the Bailiff was told to call for it, and he called and got it a little after four. A note was handed him at the same time, addressed to the Respondent, from the Appellant's Attorneys, expressive of their regret at not having been allowed to give him previous intimation of the procedure, and informing him that the claim would require to be paid in current coin of gold or silver. With this note and the Writ, the Bailiff repaired to the Respondent's shop a little before

six. An attempt was made at the trial to raise an impression that the hour was seven, or later; but independently of the fact that no later hour than six was laid in the Respondent's Declaration, the evidence was sufficiently conclusive that in truth the hour was not quite six. There being some customers in the shop, the Bailiff made believe to have come in to buy some tea, and while doing so, took occasion to hand to the Respondent the note addressed to him, of which he was the bearer. They then went quietly together to the Respondent's office at the back of the shop, and had some conversation, which however ended in the Bailiff's making no seizure whatever. A copy of the Writ was handed to the Respondent; and he, the Respondent, marked in pencil upon a draft or copy of a *procès-verbal* the words "two hogsheads of brandy." But the Bailiff never seized, nor so much as saw them. Nothing was moved or taken; no *gardien* was named; no *recors* were present; no *procès verbal* was executed. The Bailiff took the responsibility, upon the Respondent's explanations, of not executing the seizure. An informal paper purporting to be a copy of a *procès-verbal*, it is true, was produced by the Respondent; but the Bailiff, brought up as his witness to prove it, simply upon oath disproved it, by swearing that the facts were as above stated, and that it was not got up till about a month after the time of its pretended date. No one entered the shop with the Bailiff; and no one there, but the Respondent, became aware of his errand from anything that he did or said. The only knowledge that even the shopmen had of the matter, was from the Respondent. On the 11th, Respondent paid to the Appellant's Attorneys the £64 detailed in the Appellant's Plea, taking their receipt for the same, and declaring by letter that he did so under protest, and with intent to sue the Appellant in damages. As has been stated, it appeared at the trial, that this amount involved a mistake of £1 13s. of assessment on other property.

Under such a relation of circumstances, the Appellant confidently relies on the well known maxim of the Civil Law, "*Nullus videtur dolo facere, qui suo jure "utitur.*" (L. 55. ff de R. J.) for a reversal of the verdict and Judgment in the Court below.

The Appellant's right, as landlord, to exercise his legal remedy for the recovery of his rent, without previous demand of payment, is undoubted:—Pothier on obligations No. 549.—2 Bourjon P. 680. And the privilege of the landlord, for City taxes and assessments payable under the lease as well as for the rent proper, has been always equally recognised:—241 and 242 Articles of the Custom of Paris—2 Brodeau P. 516—Pothier, *contrat de louage*, Nos. 227, 252, 253.—2 Bourjon P. 685.

The only pretension of the Appellant which raises anything like a legal difficulty, is the one based on the want of previous demand by Appellant of the payment of the assessments, which were payable in terms of the lease "to the "Corporation of the City of Montreal, *on their demand*, or to the said lessors, "*on their demand.*" These words "on their demand" were however only a careless form of expression, to intimate that the tenant might pay either the Corporation or the landlord, which ever happened to ask for it, and at the most could only give rise to a question of costs, the assessments having been proved to be due for several months previous to the seizure.

David v. Thomas.

As to the mistake of £1 13s., the Respondent, to avail himself of it, should in the first place have suffered a seizure to have actually taken place therefor, and then have tendered the Appellant the amount really due to him, demanding *main levée* of the seizure; instead of which the Respondent managed matters so with the bailiff that no seizure whatever was effected, and he paid the Appellant's Attorneys in full on a simple receipt, contenting himself with protesting against the Appellant's right to sue out a *saisie-gagerie* at all.

Cherrier, Q. C.—Relied entirely on the rule of law invoked by the Appellant's Counsel for the success of the present Appeal, feeling confident that this Court would never consecrate the monstrous proposition—necessary to the maintenance of the Respondent's case—that one is liable in vindictive damages, if under irritation one shall prosecute a legal claim by strictly legal means, to less than the full length allowed by law, and without real damage proven as the consequence.

Rose, Q. C., for Respondent :—

What powers this Honorable Court may consider conferred upon it by the Statute 14th & 15th Vic., cap. 80 over the Law or the facts as determined by the findings of the Jury in the Court below, the Respondent is unable to say. It is difficult to discover what the real intention of the Legislature was in impliedly admitting the right of Appeal from Judgments on the verdict of a Jury, whether this Court may order a *venire de novo*, or overrule and give judgment contrary to the verdict. But supposing the case comes up on its merits in the broadest manner for revision—a conclusion which the Respondent cannot admit,—his pretensions are fully sustained in law and fact.

The Record establishes the propositions :—

1st, That the process complained of by Thomas was illegal and malicious.

2nd, That even supposing it to have been legal in form, and that it rightly issued, yet that it was maliciously and abusively exercised,—and that oppressive acts were done under color of it entirely beyond and foreign to the remedy it had in view—That in fact it was used as a mere pretext or color for the commission of a wanton wrong, in no way incident to, or connected with, the process.

The writ demands no sum on the face of it. It has no endorsation by which Thomas could have known what amount he was called on to pay to avoid or get rid of the seizure. The Bailiff testifies he was not authorized to receive, and would not have received, any sum of money.

The Respondent submits in reference to this part of the case,—

1st, That the writ was altogether illegal in form.

2nd, That it issued unwarrantably ; because a demand for the rent should have been first made, the tenant not being bound to carry it to the residence of the proprietor,—*especially under the circumstances of this case.*

Now, of the sums exacted, it is admitted that the item of £1 13s for assessments was improperly exacted. That sum was for assessments on property belonging to David, other than that of which Thomas was in possession. And as regards the assessments *really* imposed, it is to be observed that they had

not been paid to the Corporation by David at the time of the seizure, but were only paid *two days after their exaction from Thomas.*

The seizure for the assessments was therefore illegal,—

1st, Because they are not part of the rent, and no right of seizure exists in respect of such a claim.

2nd, Because payment to David would not [illegible] discharge towards the Corporation, since, both by [illegible] of the lease, Thomas was bound to the Corporation (see 14 [illegible], sec. 76). David did not stand in the relation of creditor [illegible] ct of that amount until he paid it, and could not, without [illegible] claim or seize for it—even supposing the legal right of seizure, in the [illegible], to exist.

3rd, Because, even supposing David to have had the legal right of a creditor, the assessments were, by the terms of the lease, only payable on demand, the expression being, "that the said Lessee shall pay to the Corporation of the said City of Montreal, "*on their demand*," or to the said Lessors, *on their demand*, such assessments, &c."

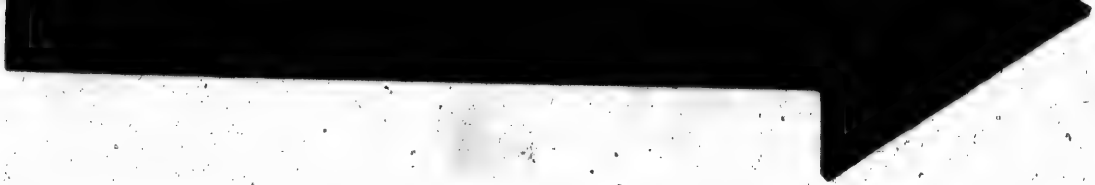
On all these grounds, therefore, it is contended the seizure and exaction were illegal; and as to the malice, it is admitted by the Appellant himself.

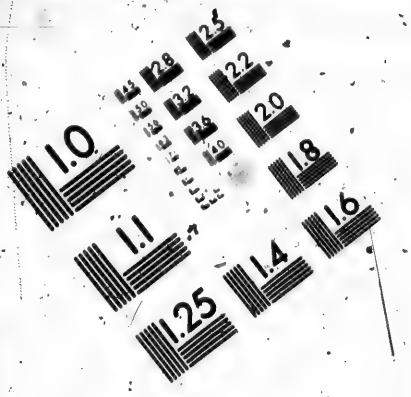
But, supposing the seizure to have been technically legal, the Respondent assumes the higher and broad ground, that the process was wrongfully and abusively exercised; that David availed himself of it, not for the purpose of enforcing a legal right, but solely and exclusively as an instrument *under colour of which* he might vent his malice against the Respondent; that under it he committed acts utterly foreign to the proper and needful exercise of his supposed right; and that he detained the Respondent's goods under seizure, with the malicious view of injuring his credit, and made their release a pretext for exacting monies that were not due.

The malicious motives are established—first, by the fact that Thomas was a man known to be abundantly solvent, having upwards of £5000 of stock in his stores; secondly, by the fact that David instructed his Attorneys to give no notice to, nor make any previous demand on, the Tenant; thirdly, by the irregular and secret manner of issuing the writ; fourthly, by his directing its execution at a late hour of the evening of Saturday, when the premises were known to be filled by customers; fifthly, by his declining to receive anything else than gold at an hour when it was impossible for Thomas to obtain it from the Banks, and prevent or rid himself of the seizure; and, lastly, by the Appellant's own admission on oath in his answer on *faits et articles.*

If malice then was the sole inducement, and the recovery of his rent a *mere pretext, under colour of which he might bring injury on the Plaintiff* then the process of the Court was turned *to an illegal* purpose, and made a means, under cover of which, it was sought to commit an illegal act. David had no right to do more than was necessarily incident to the exercise of his assumed right.

Vide—Brown *vs.* Chapman, 1 Blackstone, (Sir Wm.) P. 427, 1st, Wilson P. 145—Chapman *vs.* Pickersgill—(2nd Part,) 2nd Wilson, (3rd Part)—P. 295. 4 Term Reports,





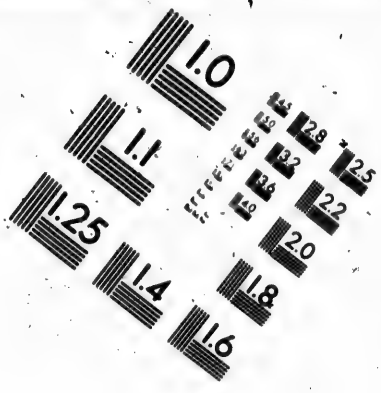
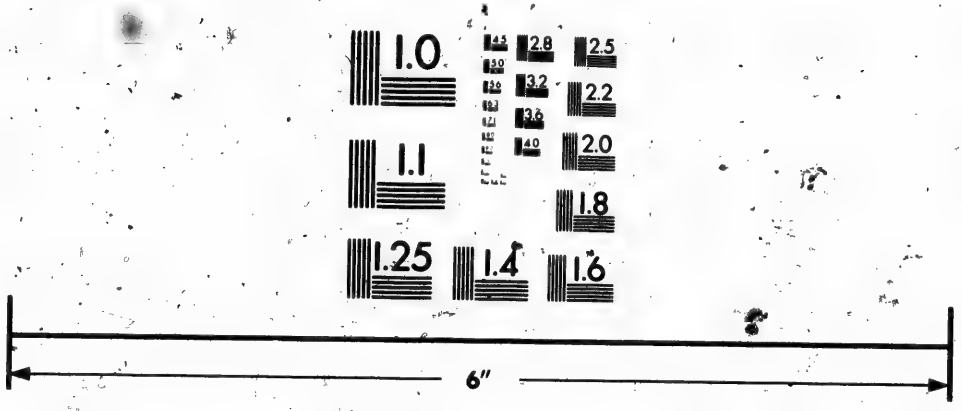
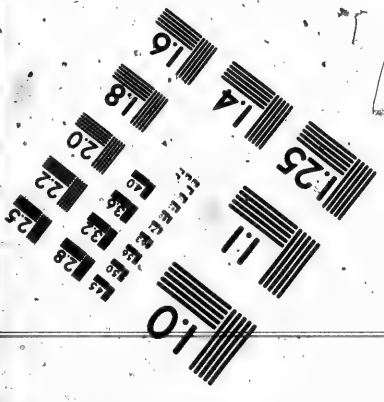
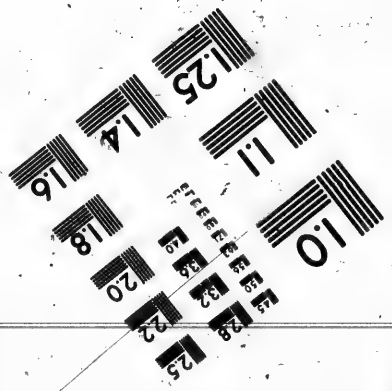


IMAGE EVALUATION
TEST TARGET (MT-3)







Photographic
Sciences
Corporation

23 WEST MAIN STREET
WEBSTER, N.Y. 14580
(716) 872-4503

David v. Thomas.

Sutton *vs.* Johnstone.—13 Meeson & Welsby P. 438. Sedgwick on Measure of damages P. 34, 38, 39, 41, and 487.—1. Dareau P. 46 and 47—1. Sourdat, *Traité de la Responsabilité*—P. 336.

Duval, J., dissentient. I cannot concur in the opinion of the majority of the Judges, denying the Plaintiff's right of action under the circumstances disclosed by the evidence adduced in the cause.

The Plaintiff was the Defendant's tenant. The quarter's rent due on the first of May was, at the Defendant's request, placed to his credit in one of the banks on the 19th of June following. The quarter's rent due on the 1st of August was paid on the 18th of September. On the 9th of December 1854, without any previous intimation to the Plaintiff, on the Saturday evening, about 6 o'clock, the Defendant sent a Bailiff to the Plaintiff's store with a writ of *saisie-gagerie* against the Plaintiff's moveables.

To justify so vexatious and unwarrantable a proceeding, it is said the rent was due, the debtor *in morâ*, and therefore the right of the creditor to seize unquestionable, and in support of this we are referred to the well known rule of law, *nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur.* But Toullier, vol. XI. No. 119., in explaining the rule, says, with great reason, *pourvû qu'il ne paraisse pas clairement qu'entre plusieurs manières d'exercer son droit,* ON A CHOISI, DANS LE DESSEIN DE NUIRE *à un autre, celle qui pourrait lui être préjudiciable, ce serait le cas d'appliquer la maxime,* MALITIIS HOMINUM NON EST INDULGENDUM. On this right the old *coûtume de Bretagne* expressed itself thus: *celui qui use de son droit sans en excéder les justes limites.* This was in strict conformity with the rule of the civil law, *male, enim, nostro jure uti non debemus.* The same doctrine will be found in 1 *Pigeau* P. 604. 3rd *Proudhon, Droit d'Us.* Nos. 1482—1486.—Applying the rule thus explained to the present case, what have we before us—a creditor who declares his confidence in his debtor's ability to pay, who has previously acted with that spirit of justice and fair play which one man of business has a right to expect from another, who suddenly sues out a writ of seizure against his debtor's property, at 6 o'clock of a Saturday evening, with instructions to his Attorney to receive payment in cash only, and the further instruction not to give the debtor any intimation that a seizure will be made. Was this the exercise of a right deemed necessary to protect the interest of the seizing creditor? Let the latter answer. He said he knew his tenant was able to pay, but that he seized to give him a lesson for cutting a hole in the roof of his, the landlord's, house. As the Defendant has adduced no evidence to establish that the hole so made caused any damage to his house, the reason assigned is about as satisfactory as if he had said he seized to teach the Plaintiff to respect his landlord and take his hat off every time he met him in the street. In my opinion, the act was uncalled for and unnecessary, it was done maliciously, in the very words of the law, *vexandi causâ, animo nocendi.* If the Plaintiff did defer the payment as stated, the Defendant, by his previous conduct, led him to believe there would be no objection. Under all the circumstances disclosed, the present Defendant had no right to sue out a *saisie-gagerie.* This will be found clearly laid down in 2 *Troplong, louage,* No. 532 and *Pothier, louage,* No. 268.

Lafontaine, J. en C.—L'Appel en cette cause nous fait connaitre que l'Intimé, demandeur en Cour de première instance, a intenté une action qui est d'une nature tout-à-fait particulière, et qui, je crois, se présente pour la première fois devant nos tribunaux. Ce n'est pas, il est vrai, une raison de la repousser, mais c'est une raison d'examiner de plus près sur quel principe elle peut être fondée.

Il s'agit d'une action par laquelle le locataire d'une maison réclame du propriétaire des dommages-intérêts, en conséquence de l'exercice, par ce propriétaire, du droit de *saisie-gagerie*, bien que ce locataire fût alors en retard de lui payer un terme de loyer.

Le droit de saisie gagerie s'exerçant tous les jours, et cette action en dommages-intérêts se présentant pour la première fois, il est bien naturel de se demander si vraiement l'exercice de ce droit, droit *absolu*, dans la personne du propriétaire de maison, peut donner ouverture à une action en dommages-intérêts de la part du locataire, quelque rigoureux qu'ait été l'exercice de ce droit, et quelqu'aient été les motifs qui ont porté le propriétaire à y avoir recours : surtout, ajoutons même, lorsque l'exercice de ce droit n'a rien en dehors des motifs du poursuivant, qui le distingue de celui qu'on en fait tous les jours.

Cette question ne parait pas avoir été soulevée dans la Cour de première instance ; on y a procédé à l'instruction du procès, comme si le droit d'action ne pouvait souffrir aucun doute.

Si ce droit d'action existe, l'Intimé peut avoir des raisons plausibles à faire valoir dans les circonstances de la cause pour nous empêcher de trouver à redire au verdict du Jury ; sous le rapport du *quantum* des dommages-interêts le verdict du Jury, en pareille matière, devant, d'après l'esprit de nos lois et de notre jurisprudence, être confirmé, à moins de puissantes raisons au contraire.

Mais, si l'Intimé n'avait pas le droit d'action qu'il a été admis à exercer en Cour de première instance, nous devons, par le jugement que nous avons à prononcer, mettre au néant, non seulement le verdict du Jury, mais l'action même.

Pour faire accueillir la demande de l'Intimé Thomas, l'on a été forcé de comparer l'exercice de la simple gagerie, à celui de la saisie-arrêt, avant jugement, des effets du débiteur, même à celui du *capias ad respondendum* émané contre ce même debiteur ; et l'on a dit que, puisque dans ces deux derniers cas, le débiteur peut, selon les circonstances, avoir un recours en dommages-intérêts, il doit également, dans le premier cas, avoir le même recours. Cette comparaison et cette conclusion ne me paraissent pas exactes. Je vois, au contraire, une grande différence entre l'action en saisie-gagerie, et celle en saisie-arrêt avant jugement, ou le *capias ad respondendum*.

La première de ces actions est acquise de plein droit au propriétaire de maison ; le locataire s'est soumis volontairement à l'exercice de cette action, par la nature même de son contrat, puisque telle est la loi de ce contrat; à moins qu'il n'ait stipulé expressément une exemption de la saisie-gagerie, stipulation que l'Intimé n'a pas faite.

Il suffit que le locataire soit en retard de payer son loyer, pour que le propriétaire, s'il le juge à propos, procède de suite contre lui par voie de saisie-gagerie.

David v. Thomas.

C'est un droit *absolu ;* et pour être admis à l'exercer, il n'est pas nécessaire qu'il impute, sous sa responsabilité, à son locataire, aucun fait survenu depuis le bail à loyer, et de nature à lui être préjudiciable, tel que recel d'effets, ou autre acte de dol ou de fraude.

Le locateur a, dès le commencement, sur les meubles du locataire, un privilége, un gage acquis, pour le paiement de ses loyers ; et le droit *absolu* de *saisir-gager* lui est donné, par la loi seule, afin de lui garantir le maintien de ce gage sur ces mêmes meubles, soit qu'ils continuent de garnir sa maison, soit qu'ils soient ensuite transportés ailleurs par le locataire, et ce, jusqu'à ce que, par un jugement subséquent qui doit intervenir sur sa demande, il obtienne la permission de les faire vendre. Le locataire, qui est en retard de payer son loyer ne saurait donc être admis, dans les tribunaux, à se plaindre d'une saisie-gagerie de ses meubles, puisqu'il savait, ou était censé savoir, dès le principe, que, par le seul fait d'être en retard de payer son terme, et sans aucun autre acte de sa part, préjudiciable au propriétaire, il était exposé, de la part de ce dernier, à l'exercice d'une saisie-gagerie.

Il n'en est pas de même, d'après nos lois statutaires, du *capias ad respondendum*, ni de la saisie-arrêt avant jugement. Le créancier n'est pas, comme dans le cas de saisie-gagerie, reçu à exercer, *de plano*, l'une ou l'autre de ces deux procédures rigoureuses ; il n'a pas un droit absolu par sa seule qualité de créancier. Il faut quelque chose de plus de sa part pour qu'il puisse s'en prévaloir. Il lui faut, au préalable, sous sa propre responsabilité, imputer à son débiteur un fait qui est subséquent à l'existence de sa créance, et qui peut lui être préjudiciable.

En effet, s'il s'agit d'un *capias ad respondendum* ou *contrainte par corps* avant jugement, son émanation doit être précédée d'une déclaration faite sous serment que le débiteur est sur le point de quitter la Province, et que ce départ pourrait priver le créancier de son recours contre lui. S'il s'agit d'une saisie-arrêt avant jugement, son émanation doit être précédée d'une déclaration semblable, ou bien d'une déclaration que le débiteur est sur le point de recéler ses effets, ou qu'il est dans l'intention de se cacher, dans la vue de frauder ses créanciers. (1.) Il doit aussi être affirmé sous serment, dans l'un et l'autre cas, que le défendeur est endetté envers le demandeur en une certaine somme de deniers. La déclaration ainsi exigée doit reposer sur des motifs suffisants pour justifier l'imputation qu'elle comporte contre le débiteur. Si celui-ci prétend qu'il y a absence de tels motifs, s'il est en état de faire voir que son créancier, soit dans le cas de saisie-arrêt, soit dans celui de *capias ad respondendum*, n'était pas justifiable d'en agir ainsi à son égard, alors la déclaration cesse de protéger le créancier qui pour cela même peut être forcé de subir le recours de son débiteur en dommages-intérêts.

Il en est autrement dans le cas de saisie-gagerie. La condition d'une déclaration préalable, sous serment, de laquelle nos lois de 1785 et 1787, ont fait dépendre l'émanation d'un *capias ad respondendum*, ou d'un bref de saisie-arrêt, ne s'applique pas à cette espèce de procédure. C'est l'ordonnance de 1787 qui

(1) 25e Geo. 3, ch. 2. sect. 4, et 27e Geo. 3, ch. 27 sect. 10.

l'exige pour la saisie-arrêt (sect. 10.) Si l'on consulte cette ordonnance, l'on trouve dans la section suivante ce proviso ; " *Provided always, that "nothing herein contained shall be construed to the prejudice of the rights of "landlords in their legal course for the recovery of rents, according to any "former mode of proceeding by any law, usage or custom whatsoever.*"

L'ancien droit du propriétaire de procéder à son gré par voie de saisie-gagerie a donc continué de subsister. Il est même expressément maintenu par cette ordonnance de 1787. Or ce droit étant un droit absolu, celui qui l'exerce ne saurait encourir aucune responsabilité ; *nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur ;* " celui n'attente qui use de son droit," Cout. de Bretagne art. 207. Sourdat, dans son " traité de la responsabilité, ou de l'action en domm ges-intérêts, " dit, au No. 441 : " l'exercice d'un droit absolu fait cesser toute espèce " de responsabilité ; " et au No. 419, il avait déjà dit : " Il faut que le fait " préjudiciable soit illicite, c'est-à-dire qu'il ne constitue pas *l'exercice d'un droit* " *reconnu*, ou l'accomplissement d'un devoir imposé par la loi. Quand l'une ou " l'autre de ces deux dernières conditions existe, il est impossible de trouver " dans le fait nuisible la source d'une action en responsabilité. Celui qui en " souffre n'est pas même censé avoir à s'en plaindre, car le dommage qu'il " éprouve n'est alors que la conséquence de la nature des choses. "

Telle est la situation dans laquelle s'est trouvé Thomas par suite de l'exercice, par David, du droit de saisie-gagerie ; droit absolu dont l'exercice ne dépend pas du plus ou du moins de solvabilité que peut présenter le locataire, du plus ou du moins de risque qu'il y a pour le propriétaire de perdre son loyer, ou du plus ou du moins de tort que le crédit du locataire peut en éprouver. L'exercice du droit n'est subordonné à aucune de ces considérations. Quelques soient les motifs qui portent le propriétaire à user de ce droit, fussent-ils marqués au coin de la malveillance la plus répréhensible, nous n'avons pas à les rechercher ; et si dans le cas actuel, Thomas a éprouvé des dommages du fait de la saisie-gagerie, ces dommages étant la conséquence de la nature des choses, il ne peut être admis à s'en plaindre en justice, et David ne peut être tenu à aucune réparation, car il n'a fait qu'user d'un droit absolu qui lui appartenait. Thomas était en retard de payer son loyer ; et la saisie-gagerie a été pratiquée dans un endroit et dans un temps où elle pouvait légalement l'être ; cela suffit pour nous empêcher de reconnaître le droit que Thomas prétend [redacted] de se pourvoir en dommages-intérêts.

J'ajouterai que s'il fallait admettre ce droit d'action, sous le prétexte du tort que la saisie-gagerie a pu causer à Thomas, en ce qu'elle a pu affecter son crédit, il faudrait également l'admettre contre tout créancier qui, après échéance, intente la simple action ordinaire contre son débiteur qui est dans le commerce, et dont le succès dépend du crédit qu'il peut avoir aux banques et chez les marchands auxquels il demande des avances.

Combien de fois n'avons nous pas vu des marchands, même solvables, exposés à subir une ruine complète par le fait seul d'une première action, même pour un montant comparativement faible, dirigée contre lui par l'un de ses créanciers, mécontent d'éprouver quelque retard dans le paiement de sa

David v. Thomas.

créance. Cette action seule pouvait ne pas avoir la conséquence de ruiner le débiteur; mais, comme dans la plupart des cas, elle était cause que les autres créanciers se hâtaient de suivre l'exemple du premier, alors son crédit était perdu, et sa ruine devenait inévitable. Quoique cette ruine eût sa source dans le fait de cette première action, a-t-on jamais prétendu que le débiteur ainsi ruiné pouvait exercer un recours en dommages-intérêts contre le créancier qui était ainsi l'auteur de sa ruine? Jamais, et cela, parce cette ruine n'était que la conséquence de la nature des choses, et que le créancier qui avait porté l'action, n'avait fait qu'user de son droit, et que par conséquent il n'était pas responsable du préjudice qu'en avait éprouvé son débiteur.

Aylwin, J.—The declaration charges, that the Appellant, "without any *reasonable or probable cause, or right or colour of right whatever*," sued out "an *illegal* writ of *Saisie gagerie*," to relieve himself from which, the Respondent was forced to pay the sum of £64, although such sum was not due, and although no sum of money was stated in the writ, and no demand of payment had been made before it issued, and that in enforcing this illegal process, the Appellant resorted to oppressive means, by directing a seizure to be made on Saturday, at a late hour, when he knew that the Respondent's shop would be filled with customers, and by insisting upon payment in gold and silver coin. There is altogether but one count, and the damages are laid at £2000, in one round sum. To maintain this action, it is necessary to establish the want or absence of "*reasonable or probable cause*" for suing out the writ; the *gravamen* being its illegal issue, and the circumstances of its supposed execution, being alleged only in aggravation of damages. The jury have said in answer to the 6th question put to them, that the Respondent was the tenant of the Appellant, to the 5th and 7th questions, that he was indebted as such tenant in the sum of £64, less £1 13s., and that he paid this sum to the Appellant after the writ issued and was executed. The *saisie gagerie* is a remedy which the landlord has a right to use for the payment of his rent. The existence of a debt for rent of itself is sufficient cause for suing out this process. How then can this action be maintained? Is it because the writ was informal? The Respondent waived all informalities by paying debt and costs, he should have contested the original suit to avail himself of want of form. Is it because no demand was made by the Appellant before suing out the writ? It was the Respondent's business to pay his rent on the first day of the quarter, and a month and a half elapsed, after the expiration of the quarter, before the writ was sued out. Is it because £1 13s. was exacted beyond the amount due? The right of saisie gagerie exists unaffected by the amount due, whether £64 or £62 7s., and the Respondent may *répéter* or ought to have contested for the excess claimed. Is it because the demand and seizure was made at the hour of six, when the bank was closed? The payment was not by law to be made at any bank or during any banking hours. Is it because payment in coin was exacted? The Appellant was not obliged to take notes in payment, but the Respondent was bound to have by him the necessary amount of coin to pay to the bailiff whenever the rent was demanded. Is it because customers were in his shop when

the bailiff entered and his errand became known to them? That is one of the incidents of a debt for rent which a tenant has neglected or omitted to pay. The Appellant then as landlord, was justified in suing out the writ, and by the present form of action, the Respondent is precluded from urging abuse of the process, as a title to damages, for the *gravamen*, is that the process issued illegally, without any debt being due, not abuse of process legally issued in due course. The Appellant may have acted from vindictive motives, he may have forgotten the maxim *non omne quod licet honestum est*, but if he exercised the rights of a landlord though a harsh one, whatever may be the loss to the Respondent, it is *damnum sine injuria*. In the words of Toullier "Celui qui ne fait que ce qu'il a "réellement le droit de faire, celui qui n'use que de son droit ne commet aucune "faute. S'il en resulte quelque dommage pour autrui, c'est un malheur que "l'auteur du fait n'est pas tenu de reparer *et qu'il n'est même pas aux yeux de la "loi censé avoir causé. Nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere jus "non habet.* l. 151, de reg. juris. XI Toullier, 151. Want of probable cause creates a presumption of malice in the legal acceptation of the word, but malice and probable cause cannot co-exist together. The judgment of the Court below must be reversed, and a judgment of dismissal of the action be entered in favor of the Appellant.

Judgment of the Court below reversed with costs and action of the Respondent of the Court below dismissed with costs.

The reasons of the Judgment in Appeal are as follows :—"Considérant qu'il "est de principe que l'exercice d'un droit absolu fait cesser toute espèce de res- "ponsabilité ; que tel est le droit du locateur, de procéder, à son gré, par voie "de saisie-gagerie, contre son locataire ; que l'exercice que l'Appelant a "fait de ce droit contre l'Intimé, n'a pu, en loi, donner lieu à une action en "dommages-intérêts contre lui, quelqu'aient été ses motifs en procédant ainsi "par voie de saisie-gagerie, et quelque rigoureux qu'ait pu être, en cette occa- "sion, l'exercice de ce droit ; que, par conséquent, l'action de l'Intimé, en la "présente instance, est mal fondée, et le présent Appel doit être maintenu."

Bethune & Dunkin, Attorneys for Appellant. Judgment reversed.
C. S. Cherrier, *Q. C.*, Counsel.
Rose & Monk, Attorneys for Respondent.
(S. B.)

MONTREAL, 19 FEVRIER 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 2748.

Desjardins v. *Dubois*.

Jugé: que les Huissiers ne sont pas tenus de se faire accompagner de recors pour faire une Saisie-Revendication.

Le Défendeur produisit une exception à la forme de la Saisie-Revendication qui avait été pratiquée sur lui en cette cause, fondée sur le fait que l'un des té-

Desjardins v. Dubois.

moins ou Recors, dont le nom était porté sur le Procès Verbal de Saisie-Revendication, ne l'avait point signé et avait été remplacé par un autre qui avait été substitué à sa place et l'avait signé, sans aucune mention de cette substitution de personnes dans le corps du Procès Verbal. Après enquête constatant ce fait; les parties furent entendues au mérite:

Per Curiam.—La loi n'oblige pas les Huissiers de se faire accompagner de témoins ou recors en faisant les Saisies. Cette formalité qui était exigée par le Code Civil de 1667 a été abolie, lors de son enrégistrement au Conseil Supérieur de Québec; en sorte que la Saisie-Revendication qui a été faite en cette cause est valable, et les Recors dont s'est servi l'Huissier étaient inutiles. (1)

Ouimet, Morin et Marchand, pour le Demandeur.

Lafrenaye et Papin, pour le Défendeur.

Exception à la forme renvoyée.

(P. R. L.)

MONTREAL, 28 FEVRIER, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 632.

Rolland v. *Larivière.*

Jugé: que les frais sur une demande antérieure, mais non rapportée en Cour; sont dûs au Demandeur, quoique son procureur *ad litem* en eût demandé la distraction par la déclaration précédente.

Dans cette cause le Demandeur réclamait indépendamment du montant de sa créance; les frais d'une action antérieure qui avait été intentée par lui contre le Défendeur pour la même cause d'action. Cette première action n'avait pas été entrée en Cour par suite d'un arrangement au moyen duquel le Défendeur s'était obligé de payer ces frais. Sur la déclaration qui avait été signifiée au Défendeur dans la première cause, les avocats du Demandeur avaient conclu à la distraction de leurs dépens, en sorte que le Défendeur sur cette seconde demande se refusait à payer ces frais, sur le principe que ce n'était pas au Demandeur à les réclamer, mais que ces frais appartenaient à ses avocats qui seuls avaient le droit de les demander en justice. (2)

Per Curiam.—Comme la première action n'a jamais été rapportée en Cour la distraction de dépens que les Procureurs *ad litem* du demandeur réclamaient n'a eue aucun effet et n'a pu leur transférer aucun droit sur ces frais que le Demandeur sous ces circonstances est bien fondé à recevoir.

Doutre et Daoust, pour le Demandeur.

Leblanc et Cassidy, pour le Défendeur.

(P. R. L.)

---

(1) Ord: 1667 Tit: 3 Art. 3 et Art. 5, et Tit: 2 Art. 2. 1 Vol. Edits et Ord: pp. 110 et 211 Ed: de 1854.

(2) 2 Vol. Revue de Legisl: et de Jur: p.p. 63,120.

MONTREAL, 28th FEBRUARY, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, C. J., CHABOT, J.

No. 2515.

Strother v. *Torrance.*

PROCEDURE—EXHIBIT.

Held, that Defendant objecting to sufficiency of Exhibit of Plaintiff, should move, not to reject it, but for delay to plead until a sufficient Exhibit be fyled.

Smith, J.—In this case, the Defendant has moved to reject the account fyled by the Plaintiff in support of his demand on the ground of its insufficiency and irregularity, it purporting to be against another party and being also unintelligible. We cannot grant the motion.

Mondelet, J.—If the Defendant think the account insufficient, he should move for delay to plead until a sufficient bill of particulars be fyled.

Motion rejected.

B. Devlin, Attorney for Plaintiff.
Torrance & Morris, Attorneys for Defendant.
(F. W. T.)

MONTREAL, 28th FEBRUARY, 1856.

Coram SMITH, J., MONDELET, C. J., CHABOT, J.

No. 920.

Hogan, et. al. v. *Scott, et. al.*

PLEA—PRESCRIPTION—WAGES.

Held, that a plea of prescription against the demand of domestics for wages to be valid, must tender oath as to payment of the wages, and aver that the employer kept regular books.

The Plaintiffs demanded the sum of £55 15s. currency, as due them for their services as domestic servants of the Defendants.

The Defendants met the action by three pleas. The first plea set up that all the demand of the Plaintiffs for wages, prior to the 28th February, 1855, was prescribed by the lapse of one year previous to the institution of the action. The second plea set up compensation. The third plea pleaded the general issue.

The Plaintiff by his answer to the second plea reduced his demand to £25 15s. currency.

Smith, J.—The plea of prescription is insufficient. There should have been a tender of the oath of the Defendants as to payment of the wages, and an averment that a book was kept in which the payments were entered.

Judgment for Plaintiffs.

E. Carter, Attorney for Plaintiffs.
R. & A. Laflamme, Attorneys for Defendants.
(F. W. T.)

MONTREAL, 28th FEBRUARY, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, C. J., CHABOT, J.

No. 2225.

Grinton v. *The Montreal Ocean Steamship Company.*

PROCEDURE.

Held, that an exception *à la forme* fyled by parties, not styling themselves Defendants, cannot be legally pleaded.

This was an action against a so called Corporation. On the return of the writ, Hugh Allan, William Edmonstone and Andrew Allan, fyled an appearance, *not as Defendants* but as parties, "at whose place of business in the city of Montreal, the writ and process in this cause issued was served." This was followed by an exception *à la forme*, predicated on certain informalities in the service of process *on the Defendants*, and on sundry irregularities in the Plaintiff's declaration. The conclusion of the exception was in the name of the *Defendants*, omitting all mention of the names of the parties who appeared and fyled such exception.

The Plaintiffs moved to reject this exception from the record, on the following grounds:—

1. Because the said exception had been irregularly and improperly pleaded and yled in this cause by the said Hugh Allan, William Edmonstone, and Andrew Allan, who are not parties to the cause, and who have not been impleaded, or mentioned in the writ, declaration or Bailiffs' return of service in this cause.

2. Because the grounds or reasons, set forth and assigned in and by the said *exception* are such as can be pleaded only by the Defendant in the cause.

3. Because, while the said exception has been made and fyled by the said Hugh Allan, William Edmonstone, and Andrew Allan, the reasons of said exception are assigned on behalf of the Defendants, and the conclusions thereof purport to have been taken by the Defendants, and the Defendants thereby pray that the Plaintiffs' action be dismissed, and the parties be declared *Hors de Cour*, with costs against the Plaintiff.

4. Because the said exception discloses no right or interest on the part of the said Hugh Allan, William Edmonstone, and Andrew Allan, which entitles them to plead the said exception, or to assign and urge any of the grounds therein set forth, or to obtain the conclusions thereof.

5. Because the allegations and matters in said exception contained are contradictory, inconsistent and incompatible with each other.

Smith, J.—It is impossible for the parties who have appeared and pleaded in this case to do so. It not only does not appear by the Record that they are the Defendants, or otherwise parties to the suit, but they themselves distinctly affirm the contrary, alleging as a *moyen* of exception to the regularity of the service of process, that they are *not* the Defendants. They have plainly no business in the record, and the exception they have put in has been irregularly fyled, and must, therefore, be dismissed, with costs. Motion granted and Exception dismissed, with costs.

S. W. Dorman, Attorney for Plaintiff.

Rose & Monk, Attorneys for Excipients.

(S. B.)

MONTREAL, 28th FEBRUARY, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, C. J., CHABOT, J.

No. 1625.

Ryan, et al., v. *Woods, et al., and Divers Opposants.*

MOTION FOR MONEYS.

Held, that money received by the Sheriff, in satisfaction of an execution against moveables, even after seizure, and on day fixed for sale is the property of the Plaintiffs, and not liable to distribution among Defendant's Creditors, who come in by opposition and allege *déconfiture* on part of Defendants.

This was a motion for moneys by the Plaintiffs, who claimed to be paid the amount stated in the Sheriff's return to the writ of *Fi. Fa. de Bo.*, to have been received by him from one McDonald, who paid the same to the Sheriff, after seizure and on the day fixed for the sale, under protest, alleging that the property seized had long previously been assigned to him by Defendants, who were notoriously *en déconfiture*, for the benefit of their creditors, and that the payment was made for the mere purpose of protecting the property from being sacrificed under a forced sale. On the Sheriff's return being made several oppositions *à fin de conserver* were fyled in the hands of the Prothonotary, alleging the *déconfiture* of the Defendants, and claiming a distribution *au marc la livre* among the Defendants' creditors.

Bethune, in support, contended, that the Sheriff was the mere *mandataire* of the Plaintiffs, in respect of the receiving of the money in question, and ought to have paid it over directly to them and not have returned to this Court; that he held the same, subject to the order of the Court; that the effect of the payment to the Sheriff was to discharge the Plaintiffs' judgment, and thereby render them the absolute proprietors of the amount so paid; and that consequently the opposants could have no legal claim whatever to participate in such amount. (1) Moreover, the property seized was still in the hands of the Opposant's [illegible]rs, and no prejudice could consequently arise to their interests, in respect of such property, by the payment of the Plaintiffs' debt.

Day, contra, said that the practice of the Court hitherto had been to treat moneys so collected by the Sheriff as levied under execution, and that the effect of allowing the Plaintiffs to benefit by the payment made in the present instance would be to give them a preference over the other creditors of the Defendants, who were notoriously *en déconfiture*.

Smith, J. This is a point of some importance, but one which admits of no serious doubt in the mind of the Court. The Sheriff is plainly the mere *mandataire* of the Plaintiffs, in respect of the payment in question, and no money received by that Officer under a writ of execution can be regarded as money *levied* under such writ, unless it be the produce of an actual sale of the property taken in execution. The effect of the payment to the Sheriff is to discharge the Plaintiffs' judgment; what then would be the position of these parties were the Court to hold, that money so paid was, notwithstanding, liable

(1) No. 582.—Thompson v. Watson & Opposants, 22nd January, 8491. Sup. Court, Montreal.

Ryan et al., v. Woods, et al.

to be distributed amongst all the Defendant's creditors generally? Why, plainly one in which no Court of Justice would ever consent to place them. A question may arise how far the Sheriff is justified in receiving money at all under protest; in my opinion, the duty of the Sheriff, where the Defendant will not pay purely and simply, is to go on and sell. On the whole the Court is unanimous in granting the Plaintiffs' motion.

Motion granted.

Bethune & Dunkin, Attorneys for Plaintiffs.
Day & Cramp, Attorneys for Moss et al. Opposants.
(S. B.)

MONTREAL, 28TH FEBRUARY, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, (C.) J., CHABOT, J.

No. 363.

Leverson et al. v. *Cunningham & Boston*, SHERIFF, *mis en cause*.

Held that Sheriff, in default of representing goods seized and placed in hands of a *gardien d'office* cannot be compelled to pay more than the value of the goods.

This was a rule against the Sheriff to represent and produce certain goods seized and placed in the hands of a *gardien d'office*, and in default, to be held *contraint par corps*, until he should pay the full amount of the plaintiffs' judgment.

Bethune, for the Sheriff, showing cause:—

The goods were seized under an attachment before judgment, and placed in the hands of a *gardien*, whose appointment was acquiesced in by the plaintiffs, and sanctioned by all the proceedings in the cause, and the judgment therein finally rendered, and consequently the Sheriff is not liable to be imprisoned, by reason of the non-production of such goods by the *gardien*. And if the Sheriff were so liable, he has a right to relieve himself from such liability by paying the *value of the goods*; the demand contained in the rule, that he should pay the plaintiffs' debt being altogether illegal. Moreover, the Sheriff, by his answer in writing, has pleaded that he was more than 70 years of age, and as this is a procedure in effect to recover the plaintiffs' debt, and not to punish the Sheriff for any supposed contempt of Court, the Sheriff is plainly exempt from the operation of the *Contrainte par corps*. Independently of all these considerations, however, it is contended on the part of the Sheriff, inasmuch as the custody, rule and charge of the jails and of all the prisoners is in the Sheriff, who has the sole power to appoint the gaoler and his turnkeys, that any writ or order which this Court may issue directing the arrest and imprisonment of such Sheriff must prove wholly ineffectual, it being impossible for that officer to be held in custody as his own prisoner. Adams *vs.* Vose, 1 Gray's (Mass.) Reports, P. 51, and *seq.*

Ramsay, for plaintiffs. The Court having already held that the Sheriff was liable to be imprisoned, in default of production of the goods, it is unnecessary to re-argue this point. As to the pretension of the Sheriff that he can only be

compelled in any event to pay the value of the goods, it is enough to refer the Court to a case to be found reported in the 4th volume of the *Journal des Audiences*, p. 619, where it was distinctly held, that a party imprisoned under such a writ as is asked for in the present case, can only be relieved by payment of the plaintiffs' debt. It is unnecessary to answer the last proposition advanced by the Sheriff's counsel, as it involves the absurd conclusion, that the Sheriff can commit any enormity, without incurring any real risk of punishment therefor.

Smith, J. The only question necessary to be determined at present is, whether the Sheriff can be *contraignable par corps* until he pay the plaintiffs' debt, or whether he can be relieved from the effect of the writ by paying the value of the goods. The Court is with the Sheriff on this point. As to the citation from the *Journal des Audiences*, it will be found by reference to the *Anc. Den.*, *verbo gardien*, p. 514, No. 15, and *Rep. de Guyot*, *verbo gardien*, p. 127, No. 5, and Jousse on Tit. 33, Art. 9. of the Ord. of 1667, that the jurisprudence invoked by this citation had been changed, and the more reasonable and humane rule of relieving the party by the payment of the value of the goods adopted in its stead. As the Court has no power to alter the terms of the Rule, it has no other alternative than to dismiss the Rule with Costs.

Rule dismissed.

David & Ramsay, Attorneys for Plaintiffs.
Bethune & Dunkin, Attorneys for Sheriff.

(S. B.)

MONTREAL, 28th FEBRUARY, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 1165.

Clement v. *Page, et al.*

Held, that no damages can be claimed by a Vendee, who has neglected to tender back the article bought, so soon as he discovered the defects thereof.

Smith, J.—The Plaintiff brings his action for damages which he alleges to have suffered in consequence of the bad working of a thrashing mill sold by the Defendants. The mill was bought by one Timothy Masson, who paid for it and never showed himself as the agent of Plaintiff; in fact, he acted as principal. He is incompetent as a witness, as he gave no indication of his agency at the time of sale. His testimony must, therefore, be struck from the record. The Plaintiff is not entitled to any damages, as he ought to have tendered back the Thrashing mill when he found out its defects. But instead of doing this, he got it repaired once by the Defendants. The expenses attending the working of the machine and his loss of trade which constitute the damages claimed, cannot be taken into account under the circumstances of the case, and the action must be dismissed.

Action dismissed.

Ouimet Morin & Marchand, Attorneys for Plaintiff.
Day & Cramp, Attorneys for Defendants.

(P. R. L.)

MONTREAL, 28th FEBRUARY, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 2253.

Fisher, et al., v. *Fisher, et al.*

WILL—REVOCATION.

Held, that a testator may revoke his Will by any writing signed by him. Such writing need not be written by him, nor possess the formalities of a Will.

Jane Fisher, wife of Priest, sued the Defendants, and, declaring on a Will of James Fisher, senior, her father, made in January, 1832, before a Notary and witnesses, alleged that, under it, she was, as a residuary legatee with Defendants, entitled to an account from the Defendants. She alleged that, on the death of the testator, the Defendants had taken possession of all his estate real and personal, that all the particular legacies had been paid, and that there was a considerable residue of lands and goods. She prayed to be adjudged entitled under the Will, to the third of these lands and goods, and that a *partage* should be ordered of the property if requisite.

The Defendants pleaded, separately, a variety of pleas, and by the last one set up that the Will alleged by Plaintiffs to be the last Will of James Fisher, senior, had been revoked by a later Will of the testator, made in April, 1842. This Will was made in presence of one witness only, which witness also wrote it. It was proved at Montreal in 1851, the testator having died previously.

It was admitted by Plaintiffs to have been signed by the testator, but it was contended by Plaintiffs that its operation could not be to revoke the solemn Will of 1832, that it wanted the formalities of a valid Will, and was a nullity. Authorities cited: 1. Furgole, Test. p. 40, and 4th vol., pp. 531, 407. Swinburne on Wills, Toller, Executors. Am. Ed., p. 15.

The Defendants contended that the Will set up as the last Will, was sufficient revocation of the Will of 1832; that, at any rate, it was sufficient to be held a valid Will of personalty. Authorities submitted: on first point, Pothier Dons. Test. ch. 6, sec. 2. Toullier, Tom. 5. No. 619: on the second point, Williams, on Execrs. vol, 1, pp. 47 and 48.

The Court maintained Defendant's pretensions on the first point and dismissed Plaintiff's action.

Action dismissed.

A. & G. Robertson, Attorneys for Plaintiffs.
Mackay & Austin, Attorneys for Defendant, R. Fisher.
Bethune & Dunkin, Attorneys for other Defendant.
(R. M.)

MONTREAL, 28TH FEBRUARY, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, (C.) J., CHABOT, J.

No. 51.

Samuel v. *Edmonstone et al.*

Held, that clause in a Bill of Lading granting the carrier the option to tranship at Quebec and forward goods to Montreal, at ship's expense and *merchant's risk*, does not relieve the carrier from liability arising from negligence and want of care in the handling and landing of the goods at Montreal.

This was an action to recover the value of a case of plate glass carried on board the Steamer "Canadian," from Liverpool to Quebec, and thence forwarded by lighters to Montreal.

The declaration alleged that the contract was to deliver at the port of Montreal, in good order and condition, and that owing to the gross carelessness and neglect of the Defendants and their employés, in the stowage, handling, carriage, conveyance and delivery of the said case, the glass therein contained had been broken and destroyed.

The Defendants by their pleas in effect contended, that by the Bill of Lading the goods were to be at the merchant's risk the moment they left the ship's tackle; that Defendants were entitled to tranship the goods at Quebec and forward them by lighters to Montreal, at the *merchant's risk*, although at the ship's expense; that if any damage arose to the goods, it was after they left the ship's tackle, and had been placed on board of a lighter, and that consequently the Defendants were not liable for such damage.

The plaintiff replied specially, that he was in no wise consulted as to the selection of the lighter; that no Bill of Lading was taken by the Defendants from the owner of the lighter in respect of the Plaintiff's goods; and that the parties connected with the lighter were, in respect of the carriage, handling and delivering of the goods, the servants, agents, and *employés* of the Defendants, and of no one else.

Bethune for Plaintiff contended, that the liability of the Defendants as Common Carriers was in no degree changed by the clause relied on in the Bill of Lading; the mere expression "merchant's risk" could never be so interpreted as to relieve the carrier from the necessity of using due care in the stowage, handling, and delivering of the goods at the port of destination. What might be the precise legal effect of these words, should any mere accident occur, for which the Carrier is ordinarily liable in the transit of goods between Quebec and Montreal, under a Bill of Lading such as the one under discussion, may admit of serious doubt, but it is quite certain that these words can have no kind of reference to gross negligence and want of care on the part of the Defendants. In the present case there is abundant proof that the damage is solely attributable to the careless manner in which the case was attempted to be removed from the hold of the lighter, and that had anything like ordinary care been exercised by the Defendants, no accident would have occurred.

Monk, Q. C., for Defendants, relied with confidence on the formal expressions contained in the Bill of Lading, to the effect, that the goods were entirely at

Samuel v. Edmonstone, et al.

the risk of the merchant from the time they left the ship's tackle, and as the goods were proved to be in good order when placed on board the lighter, the Defendants cannot be held liable in the present case.

Smith, J. The Court is clearly of opinion, that the Plaintiff must recover. It is impossible for the Defendants, where they are charged with gross negligence, to attempt to screen themselves behind such expressions in the Bill of Lading as the attention of the Court has been drawn to. The Defendants' contract was to deliver in good order at the Port of Montreal, and as they plainly failed in their duty in this respect, they must pay the damage claimed by the present action.

Judgment for Plaintiff.

Bethune & Dunkin, Attorneys for Plaintiff.
Rose & Monk, Attorneys for Defendants.
(S. B.)

MONTREAL, 28th FEBRUARY, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, (C.), J., CHABOT, J.

No. 445.

Brewster et al. v. *Hooker et al.*

Held, that the Carrier has a right to retain possession of the goods carried until the whole freight be paid, even where the freight is at a fixed rate per package, and the goods not all ready for delivery.

This was an action *en revendication.*

The declaration alleged, that the Defendants had carried, from the Port of Oswego to the Port of Montreal, 134 barrels of water-lime, the property of the Plaintiffs, at 1s. 6d. per barrel of freight, to be paid on the due delivery of the property; that on the arrival of the goods at Montreal the Plaintiffs, "according to the custom of merchants, and the trade in that behalf," on being advised of their arrival, commenced carting the goods to their own stores, but after carting 55 of the barrels they were prevented by the Defendants from taking the remainder, on the pretence, on the part of the Defendants, that the whole freight must be first paid; that thereupon, the Plaintiffs duly tendered to the Defendants the freight on the 55 barrels and on 2 cart loads of the remainder, offering at the same time to pay the freight on each cart load so soon as loaded and ready for delivery, which Defendants refused to accept. The prayer of the declaration was in the usual form in such description of action, with the additional demand that the Plaintiffs should not be held to pay freight on more than each barrel or cart load at a time, accordingly as the same should be ready for delivery.

The plea alleged, in effect, that the Defendants had a *lien* for the whole freight "on each and every barrel of the said water-lime," and that Plaintiffs had no right to remove any portion of the property, without paying the whole freight.

Bethune, for Plaintiffs:— the duty and liability of the Carrier is not only to carry safely but to *deliver*, and until his contract in this respect has been duly

performed he is not entitled to freight.—Angell on the law of carriers—§282. As an exception to this doctrine, the law has granted a lien on the goods carried for the unpaid price or carriage thereof, which is considered to authorize the detention of the goods by the carrier until the freight is paid, but this will not allow the carrier to exact payment of more freight than is specifically due in respect of such portion of the goods as are really ready for delivery. The payment of freight and the delivery of the cargo are *concomitant* acts, which neither party is bound to perform, without the other being ready to perform the correlative act.—Angell on the Law of Carriers, §384—Bell's Com., 5th Ed., 2d Vol., P. 100, No. 9. It is contended by the Defendants that the *whole* freight is due in respect of each and every barrel of the water-lime referred to in the pleadings, and that Plaintiffs can have no right to remove a single barrel, without paying the freight on the whole consignment, although the remainder of such consignment may not even be ready for delivery. Such a pretension however, is neither legal nor reasonable. It is true, that it has been held in England, that where a portion of the goods mentioned in the bill of lading has been delivered without the previous exaction of freight, the remainder can be legally detained until the whole freight is paid, but it has never been ruled, that in a case like the present, where the freight has been tendered for what has been actually taken away, and the freight on the remainder of the goods is *at a fixed rate of* 1*s.* 6*d. per barrel*, the carrier can refuse to deliver such portion of these remaining goods as are actually ready for delivery, without payment in advance of the whole balance of freight. There can be no pretence, on the part of the carrier of even probable risk to his right of lien, for the property undelivered is plainly more than sufficient in value to cover the small charge of 1s. 6d. on each barrel thereof. There is no law to authorize the refusal of the carrier to deliver portions of the cargo at a time as they are ready for delivery. He is manifestly bound to deliver such portions the moment they are in a position to be delivered and accept his freight thereon, particularly as in this case where such freight is easily ascertainable. To maintain a contrary doctrine would be, in most instances, to compel the consignee to incur great loss and damage by the exposure of his goods on the wharf until the whole consignment could be landed, leaving him the very doubtful remedy of an action at law against the captain of the vessel, who may never return to the port where the goods are delivered. Moreover, it is established by the whole of the Plaintiffs' witnesses, that the custom of trade is distinctly at variance with the Defendants' pretensions, and the Defendants' witnesses themselves, who are in the main common carriers, are obliged to admit that the practice is to allow the wholesale trade generally to remove their goods and pay for the freight only after delivery.

Monk, Q. C., for the Defendants:—However inconvenient it may be in practice, the law is no doubt such as is invoked in the Defendants' plea. The carrier has a lien on each and every barrel of the goods for the payment of the entire freight, and for the protection of that lien the law allows him to refuse delivery of any portion of the cargo until the whole freight is satisfied.—Abbott on Shipping, P. 377. Such being the law, no custom of trade to the contrary

Brewster et al., v. Hooker et al.

can be legally pleaded or proved, and the evidence offered by the Plaintiffs in this respect must consequently be rejected from the record.

Smith, J. The fate of this case must turn entirely on the question of lien. There can be no doubt that the Carrier has a lien on the whole cargo for the payment of his freight, and the law consequently allows the Carrier to retain possession of the cargo until the entire freight is paid. The payment of the freight and the delivery of the cargo are concomitant acts, Freight is in its nature indivisible, and the lien therefor runs over every barrel and portion of the cargo. Holt on Shipping, p. 476. Applying these principles, therefore, to the present case, it is quite plain that the Plaintiffs cannot compel the Defendants to deliver the goods in the manner claimed by their declaration, and that they must pay the whole freight before they can remove a single barrel of the cargo. As to the custom set up by the plaintiffs, it plainly cannot prevail in the face of the law, not even if it were consecrated by a practice of 50 years.

Judgment, declaring Plaintiffs proprietors of the goods seized, and ordering the Defendants to deliver them to the Plaintiffs on the payment of the entire freight.

Bethune & Dunkin, Attorneys for Plaintiffs.

Rose & Monk, Attorneys for Defendants.

(S. B.)

MONTREAL, 28TH FEBRUARY, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, (C.) J., CHABOT, J.

No. 1841.

Price v. *Wilkinson et al.*

Held, that Sheriff can compel Plaintiff to make all necessary advances for the proper care and safe keeping of moveables under seizure, and that in default of payment of such advances Sheriff and guardian shall be discharged from all liability in regard to such care and safe keeping.

This was a Petition presented by the Sheriff, demanding an advance of money by the Plaintiff, to cover the cost of the care and safe keeping of a certain steamer seized under a writ of *saisie revendication*, and praying, that in default of payment within such time as the Court should order, the Sheriff and guardians should be discharged from all further liability in the premises.

Stuart, for Sheriff, relied on the case of McClure and Shepherd, Stuart's Reports, p. 75, where the Court held, that the Sheriff was liable as *gardien* for the proper care and safe keeping of effects under seizure as in the present case, and that he had a right to be paid all necessary advances to that end.

Bethune, for Plaintiffs, denied the authority of the Court to relieve the Sheriff in the manner demanded. The Statute regulating the office of Sheriff (p. 157 Rev. Stat.) recognizes such a right as is claimed here on the part of the Sheriff, in the case of seizure and custody of rafts and timber, but there is nothing either in that Statute or in the Ordinance of 1667, authorizing any such application in a case like the present, and although the commentators on the Ordinance of 1667 declare, that the jurisprudence in France was to allow of such an application

where the keeping and feeding of animals was concerned, it is nowhere mentioned by them that the rule had been extended to every description of seizure generally.

Price v. Wilkinson, et al.

Smith, J. The Court is unanimously of opinion to grant the present application, and consequently orders, that the Plaintiff shall pay £50 to the Sheriff within fifteen days from the service of the judgment in this behalf on the Plaintiff or his Attorneys, and in default of payment the Court declares the Sheriff and guardians discharged. The opinion of the Court is based on the following authorities: *Nouv. Den. Verbo Gardien*, p. 240. *Jousse* on the Ord. of 1667. *Tit.* 33, *Art.* 10. 1 Pigeau, p. 640.

Petition allowed. (1)

Henry Stuart, Attorney for the Sheriff.
Bethune & Dunkin, Attorneys for Plaintiff.
A. & G. Robertson, Attorneys for Defendant.
(S. B.)

MONTREAL, 28 FEVRIER, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 280.

Hobbs v. *Sénécal et al.*

Jugé: que dans une action contre un Voiturier, *Common Carrier*, pour la valeur d'effets perdus; sur son refus d'en établir la valeur, dans ses réponses aux interrogatoires sur faits et articles, la Cour réfère le serment au Demandeur.

Le Demandeur ayant placé à bord du Bateau à Vapeur des Défendeurs certains paquets à l'adresse d'un commerçant de Verchères, en avait pris un connoissement, *Bill of Lading*. Ces paquets furent délivrés par les Défendeurs en bon ordre à Verchères; à l'exception d'un seul qui fut perdu durant le voyage du bateau, de Montréal à Verchères.

C'est pour la valeur du contenu de ce paquet que l'action du Demandeur fut intentée contre eux.

Les Défendeurs interrogés sur faits et articles relativement à la valeur des effets perdus, répondirent qu'ils n'en avaient aucune idée.

Lors de l'audition au mérite, le Demandeur offrit son serment pour constater cette valeur et prétendit que dans l'espèce, le serment devait lui être référé.

Per Curiam.—La preuve en cette cause est faite, à l'exception de la valeur des effets et en conséquence nous référons le serment au Demandeur pour la constater et ensuite entrer le jugement.

Lafrenaye et Papin, pour le Demandeur.
Cherrier, Dorion et Dorion, pour les Défendeurs.
(P. R. L.)

(1) Vide 2 Rev. de Leg. 478, Reid v. Desnoyers.

MONTREAL, 28 FEVRIER 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 548.

Damour et al. v. *Guingue.*

Jugé: 1.° Que le curé n'a pas le droit de présider les assemblées de Fabriques et ne doit occuper que la place d'honneur.

2. Que c'est au marguillier en charge, et en son absence, au second marguillier, à présider telles assemblées.

3. Que la présidence du curé, nonobstant les protestations d'une partie des notables, rend telles assemblées nulles.

4. Que le Registre des Délibérations doit être tenu par le marguillier en charge, et dans le cas où il ne sait ni lire ni écrire, l'on peut faire dresser le procès-verbal par un notaire, comme cela se pratiquait en France, sous l'ancien droit qui nous régit.

Les Demandeurs par leur Requête libellée se plaignaient de l'illégalité de l'élection du Défendeur comme marguillier de l'Œuvre et Fabrique de la paroisse de Ste. Philomène, et concluaient à l'émanation d'un writ de *Mandamus.*

Les Demandeurs contestaient cette élection, et en demandaient la nullité sur le principe que le curé avait présidé l'assemblée des fabriciens malgré l'opposition d'un certain nombre d'entr'eux, et nommément des Demandeurs.

Le Défendeur répondit à cette requête en alléguant,—Que l'usage général, dans toutes les paroisses du Bas-Canada, est de faire présider ces assemblées par le curé de la paroisse; que cet usage avait été suivi en la paroisse de Ste. Philomène depuis son érection civile, et que, dans tous les cas, personne ne s'étant alors opposé à la présidence du curé, il en avait acquis le droit par le consentement tacite de l'assemblée.

Le Défendeur produisit un extrait des délibérations de cette assemblée certifié par le curé qui se disait dépositaire du Registre. Un grand nombre de témoins furent entendus de part et d'autre. Les Demandeurs prouvèrent que le curé, malgré leurs protestations, avait persisté à présider l'assemblée, et à mettre aux voix les propositions faites par l'assemblée, qu'il avait dressé le procès-verbal et avait proclamé le Défendeur élu comme marguillier, lequel ensuite prit place dans le Banc d'Œuvre. Le Défendeur prouva par MM. Brossard et Moreau que l'usage dans les paroisses est que le curé préside toujours ces assemblées. Il prouva de plus que dans la paroisse de Ste. Philomène, ces assemblées avaient toujours été jusqu'alors présidées par le curé.

Les Demandeurs citèrent les autorités suivantes pour démontrer que ces assemblées doivent être présidées par le marguillier en charge, et en son absence, par le second marguillier.—Répertoire de Guyot, Vo Marguillier, page 327, 2e col., 3e al; page 328, dernier alinéa de la 1ère col.:

"Les curés ont le droit d'assister tant aux assemblées particulières qu'aux "assemblées générales. Ces dernières sont composées des personnes les plus "notables. Les juges peuvent y assister, mais ils n'y font aucune fonction de "leur ministère; ils n'y sont que comme habitans, sauf à décider sur le tri- "bunal les contestations qui pourraient s'élever.

"Les curés y tiennent la première place, et sont nommés les premiers dans "les delibérations. *Le premier marguillier préside et recueille les suffrages.*"

1 vol., Brillon, Dict. des Arrêts, V° Bénéfice, p. 638, No. 17. V° Fabrique, p. 248, No. 11 ; le même, V° Marguilliers, p. 238, No. 5.

1 vol., Droit Civil Ecclésiastique Français, par de Champeaux, p. 251. Arrêt du Parlement du 2 Avril, 1737, servant de règlement pour la paroisse de St. Jean en grève de Paris :

"Pendant les trente années qui précédèrent la révolution." dit M. de Champeaux, "les parlement rendirent de nombreux arrêts portant règlements de "fabriques. C'est parmi ces règlements que nous avons choisi celui dont nous "donnons le texte. Il est assurément le plus remarquable de tous, non pas "seulement par la sagesse et l'équité de ses dispositions, mais encore parce qu'il "présente, comme nous l'avons dit au commencement, le résumé des ordon-"nances et des arrêts rendus jusqu'alors en cette matière :"

"ARTICLE 6. Le bureau ordinaire sera composé du curé, des quatre mar-"guilliers qui seront les derniers sortis de charge, et en cas d'absence, les dé-"libérations seront prises au nombre de trois au moins. Le curé y aura la pre-"mière place ; ainsi que dans les assemblées générales, *le premier marguillier* "*présidera* et recueillera les suffrages qui seront donnés par ordre, un à un, sans "interruption ni confusion ; le curé donnera sa voix immédiatement avant celui "qui présidera, lequel concluera, à la pluralité des suffrages, sauf au dit curé "ou autres personnes de l'assemblée qui auraient quelques propositions à faire "pour le bien de l'église et de la fabrique, de les faire succinctement pour être "mises en délibération, *par le premier marguillier s'il y échoit, et s'il y avait* "*partage d'opinions, la voix du premier marguillier prévaudra.*"

L'abbé Affre, Traité de l'Administration Temporelle des Paroisses ; édition de 1835, pp. 76 et 445, note 1.

Jousse, Traité du Gouvernement des Paroisses, sur le même arrêt. La seule exception à ce droit du marguillier de présider, se trouve dans la 2 Vic., chap. 29, sec. 10, par rapport aux assemblées des francs-tenanciers pour l'élection de syndics.

Les Demandeurs prétendirent de plus,—Que le curé n'ayant pas la garde des registres, n'a pas le droit d'y faire des entrées, et que l'extrait de cette élection certifié par lui n'est pas valable.

Répert. de Guyot, V° Marguillier, p. 327, (note 1). *Vide* la formule d'élections de marguilliers par notaires.

Brillon, V° Fabriques, p. 228, No. 11.

V° Marguilliers, p. 237, No. 2.

Codes des Curés, tome 3, p. 257. Réglement général pour la fabrique de la paroisse de St. Germain en Laye, 36ème art. Par le 39ème art., il est dit:—"Le registre des délibérations courantes sera remis au marguillier comptable en "exercice.

4. George IV, chap 31, sec. 7. Arrêt du parlement de Bretagne du 14 Mai, 1735. 2 vol., Revue de Légist., p. 82.

Mondelet, J.—Le Défendeur, dont l'élection comme marguillier est contestée sur le principe que l'assemblée qui l'a élu, était présidée par le curé de la paroisse, invoque l'usage qui, dit-il, est suivi dans le pays sur la présidence de

Damour et al., v. Guingue.

telles assemblées. Nous n'entendons pas décider le cas où la présidence par le curé n'aurait été aucunement opposée ou contestée durant toute la durée de l'assemblée. Dans le cas actuel, il est prouvé que les Demandeurs se sont opposés formellement à la présidence du curé, qui a persisté à garder la présidence, au lieu d'occuper la place d'honneur.

Il est certain que la loi ne donne pas la présidence au curé ; en sorte que cette élection est nulle, vû que l'assemblée était nulle.

Dans la ville de Trois-Rivières, la question s'est présentée il y a bien des années, lorsque M. le curé Cadieux voulut présider l'assemblée des notables réunis pour élire un marguillier. On lui offrit la première place après le marguillier en charge, mais il s'y refusa et se retira. L'assemblée ayant procédé sous la présidence du marguillier à faire l'élection voulue par la loi, le procès-verbal des procédés fut rédigé et certifié par le président et partie des notables, et cette élection fut confirmée par les tribunaux.

Chabot, J.—Par la loi le curé n'a pas le droit de présider. Je réfère aux autorités suivantes: Anc. Denisart, V°. marguilliers, No. 40 ; Nouv. Denisart, V°. fabriques des paroisses ; " C'est le premier marguillier, ou en son absence, " le second qui préside, etc."

Le curé a le droit d'occuper la place d'honneur.

L'usage qui est invoqué n'existe pas d'une manière universelle. Il n'existe aucune prescription contre les droits des notables qui sont reconnus par la loi ; et l'usage ne peut pas mettre la loi de côté.

Dans le district de Québec, sur des questions analogues, l'usage n'a été d'aucun effet, et la loi a toujours repris son empire lorsque les notables se sont adressées aux tribunaux du pays.

En France, lorsque le marguillier qui présidait l'assemblée était incapable de rédiger les procédés, on employait un notaire pour dresser le procès-verbal et rien dans la loi n'empêche ceci en Canada.

Il est prouvé d'une manière positive que le curé a présidé l'assemblée malgré les protestations des demandeurs, et qu'il a refusé toute discussion à cet égard, en disant ; " Nous ne sommes pas ici pour discuter, nous allons élire un marguillier, etc." L'instituteur Perrault et le témoin Marteau rapportent que le curé s'est servi des expressions ci-dessus et autres semblables. En conséquence l'élection du marguillier Guingue est déclarée nulle et mise de côté avec dépens.

Jugement. La cour, après avoir entendu les parties en cette cause par leurs procureurs respectifs, examiné les témoignages et pièces de record, et sur le tout mûrement délibéré ; déclare et ordonne que vû qu'il appert par la preuve en cette cause que l'assemblée des marguilliers et notables tenue le 16 Sept., 1855, en la paroisse de Ste. Philomène, district de Montréal, à laquelle assemblée le défendeur Jean-Baptiste Guingue allègue avoir été duement nommé marguillier de la dite paroisse, n'a pas été présidée par un marguillier de l'œuvre alors et là présent ; et vû que la dite assemblée a été présidée par le révérend Louis Turcot, curé de la dite paroisse, malgré objections duement faites à telle présidence ; l'élection et nomination du dit Jean-Baptiste Guingue comme marguillier de l'œuvre et fabrique de la dite paroisse de Ste. Philomène à la dite assemblée est nulle ; la

cour ordonne au dit Jean-Baptiste Guingue d'abandonner et de laisser immédiatement la charge de marguillier de l'œuvre et fabrique de la dite paroisse de Ste. Philomène, et lui défend d'exercer à l'avenir les fonctions de marguillier de la dite œuvre et fabrique; et la cour évince et exclut le dit Jean-Baptiste Guingue de la dite charge de marguillier; et la cour condamne ledit Jean-Baptiste Guingue aux dépens de la présente instance et cause en faveur des demandeurs.

Damour et al., v. Guingue.

Lafrenaye et Papin, pour les demandeurs.
Leblanc et Cassidy pour le Défendeur.
C. S. Cherrier, C. R., Conseil pour le Défendeur.
(P. R. L.)

MONTREAL, 28 FEVRIER, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, C., J., CHABOT, J.

No. 772.

Whitney v. *Craig*, Défendeur, et *Craig*, Opposant, et *Whitney*, Contestant.

PRIVILEGE CONVENTIONNEL—COLLOCATION.

Jugé, qu'un privilege conventionnel sur des meubles devait être restreint dans les termes les plus étroits de la convention quant au tems et aux conditions.

Laurent David Craig produit une opposition *afin de conserver* sur les deniers provenant de la vente des meubles et marchandises du Défendeur John H. Craig, réclamant collocation par privilége pour une somme de cinquante louis qu'il avait payée comme caution du Défendeur à MM. Galarneau et Roy, créanciers du Défendeur, se fondant sur une clause d'un acte d'atermoiement du 21 Juin 1855.

Par cette acte John Charles Henry Craig fait avec ses créanciers, au nombre desquels étaient le Défendeur et Galarneau et Roy, une composition, vû son insolvabilité, obtenant sa libération de leurs créances moyennant le paiement de quinze chelins dans le louis en sept paiements, dans quatre, huit, douze, quinze, dix-huit, vingt, et vingt quatre mois de la date de l'acte, et en leur donnant caution au montant de cinq chelins et deux deniers pour la garantie du paiement des trois derniers instalments de la dite composition.

Dans cet acte il y a la clause suivante:

" A ces présentes est intervenu Laurent David Craig Ecuier; lequel après avoir
" pris communication du présent acte de composition s'en est dit et déclaré con-
" tent et satisfait, et en conséquence s'est porté et se porte caution et garant pour
" le plein et entier paiement des trois derniers instalments de la présente com-
" position se montant ensemble à cinq chelins et deux deniers dit cours par livre,
" lesquels instalments présentement garantis deviendront dus dans dix-huit, vingt
" et vingt quatre mois.

" Il est convenu entre les parties aux présentes de première et de seconde part
" (les créanciers et le débiteur) et le dit Laurent David Craig que dans le cas où
" ce dernier serait appelé à payer tout ou aucune partie de la somme par lui pré-
" sentement garantie, il aura jusqu'à concurrence d'autant un droit privilégié

Whitney v. Craig.

" sur les effets et marchandises que pourra alors posséder la dite partie de pre-
" mière part (J. C. H. Craig le Défendeur) mais ce en autant seulement que les
" parties aux présentes pourront y être concernées."

Le 16 Juin 1856, Laurent David Craig, le caution paie à Messrs Galarneau et Roy la somme de £50 pour et à l'acquit du Défendeur en déduction de leur créance pour laquelle il s'était rendu caution.

En conséquence de ce paiement et de la convention contenue dans cette clause de l'acte ci-haut relatée, il réclamait le droit de répéter cette somme par privilége et de préférence au Demandeur et aux autres créanciers, ce que lui accorde le Jugement de distribution.

Le Demandeur Whitney conteste la collocation accordée à Laurent David Craig suivant son privilége;—et lui nie le droit de l'exercer au préjudice des autres créanciers; par sa contestation il maintenait que le caution ne pouvait reclamer aucun privilége sur les meubles à son préjudice par un paiement anticipé du cautionnement. Les instalments garantis par le cautionnement n'étaient exigibles que les six, huit et douze mois après le paiement qu'il avait fait à Messrs Galarneau et Roy, c'est-à dire, longtemps après la saisie et vente des marchandises. Un paiement ainsi fait ne pouvait donner aucun droit à l'Opposant.

Le privilége conventionnel, en dehors de ceux établis et reconnus par la loi sur les meubles, ne peut exister au dela des conditions expresses de la convention qui l'a crée. Dans le cas actuel l'exercice du privilége est subordonné à trois conditions, et la première celle de n'être exercée qu'après les premiers paiements faits, il n'y a de privilége que pour les trois derniers paiements.

La deuxième condition, est une condition de tems; le privilége n'existera que dans dix-huit, vingt et vingt quatre mois après la date de l'acte—; La troisième condition est de ne pouvoir exercer le privilége que sur les marchandises que le débiteur aura *alors* lors du paiement exigible, ou au moins lors du paiement fait. Or aucune de ces conditions ne se rencontraient pour justifier la collocation de la caution. Les créanciers n'ayant consenti à la création de ce privilége qu'à ces seules conditions, on ne peut le faire naitre et leur préjudicier par un paiement anticipé fait à l'un d'entre eux quelques jours avant la distribution des deniers et permettre par là, à la caution de reprendre sur les deniers tout ce qu'elle aurait ainsi payé.

La caution en réponse; prétendait que ce privilége existait formellement par l'acte; que les créanciers qui l'avaient souscrit ne pouvaient s'en plaindre; que tout paiement fait par elle sur la créance donnait droit à collocation par privilége.

Smith, J. La contestation est bien fondée, et le Jugement de distribution doit être réformé. Par l'acte de composition entre Craig le Défendeur et ses créanciers ces derniers ont consenti d'accepter 15s. dans le louis, par paiements de 6, 9, 12, 15, 18, 20 et 24 mois, et à cette convention intervient l'Opposant Laurent David Craig, de sorte qu'il s'obligea comme caution à toutes les dispositions consenties par le débiteur, l'une desqu'elles était que les paiements seraient faits par le Défendeur aux époques mentionnées dans l'acte de composition. Il est devenu caution pour les trois derniers paiements exigibles, seulement dix-huit,

Whitney v. Craig.

vingt et un et vingt quatre mois, et avec ce privilége qu'il serait payé par préférence aux autres créanciers parties à l'acte, sur telles marchandises que le Défendeur aurait *alors*, c'est-a-dire, à l'époque où la caution serait appelé à payer. Dans le cas actuel la caution paie Galarneau et Roy, un des créanciers avant le terme convenu et après la vente des marchandises faite par le Sherif, la somme de £50, et produit son opposition pour obtenir cette somme par privilége à l'encontre des autres créanciers. Je ne pense pas qu'il puisse le faire.

1o. Parceque comme caution il est lié par la convention et ne peut payer avant terme ;

2o. Par un paiement anticipé il pourrait ainsi anéantir l'effet de l'acte ;

3o. Un paiement anticipé fait sans le consentement de tous les créanciers ne peut donner droit au privilége stipulé avec des conditions établies par tous les créanciers.

Jugement pour le Demandeur ; maintenant la contestation.

Cherrier, Dorion et Dorion, pour l'Opposant Laurent David Craig.

R. et G. Laflamme, pour le Demandeur contestant.

(R. L.)

MONTREAL, 28 FEVRIER, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 2517.

Clarke et al. v. *Clarke et ux.*

Jugé, que le mérite d'une Exception à la forme ne peut pas être discuté et jugé sur une motion.

Smith, J., une Exception à la forme est plaidée en cette cause sur ce que la femme du Défendeur qui est commune en biens avec lui, est néanmoins poursuivie comme séparée de biens ; pour avoir endossé le billet de son mari le Défendeur. Le Demandeur a fait motion pour faire rejeter cette Exception. Cette motion devrait être accordée ; car ce fait ne donne pas lieu à une Exception préliminaire. Ce défaut de qualité affecte le mérite de l'action, et la défense dans un tel cas devrait s'appuyer sur ce quelle n'est pas obligée. Je considère que l'Exception est irrégulière et que la motion est bien fondée.

Mondelet, J., Ce n'est que lorsque l'Exception a été produite irrégulièrement qu'une motion peut être faite pour la faire rejeter. Dans le cas actuel la question doit être soulevée par une réponse en droit et non pas par motion.

Chabot, J., La motion ne peut être présentée et reçue que lorsqu'il existe des irrégularités, mais l'on n'est pas reçu à attaquer le mérite de l'Exception à la forme par une motion. Nous ne sommes pas appelés à décider du mérite de l'Exception maintenant ; car il faut qu'une réponse, *demurrer*, soit produite à l'encontre de cette Exception intitulée "préliminaire" en dedans et "à la forme" au dos.

A. et G. Robertson, pour les Demandeurs.

David et Ramsay, pour les Défendeurs.

Sed Vide. Rules of practice Ch. 7 Rule 23rd p. 12.

(P. R. L.)

MONTREAL, 28 FEVRIER, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 122.

Fletcher v. *Gatignan et Gatignan Tuteur Opposant.*

Jugé:—Que le père ne peut pas faire une opposition comme Tuteur légitime de ses enfants.

Dans cette cause, une Opposition afin d'annuller fut faite, par [illegible] en qualité de Tuteur naturel de ses enfants à la vente des biens immeubles saisis sur lui.

Il alléguait que les biens saisis appartenaient à ses enfants et qu'il était bien fondé à demander la nullité de cette saisie comme Tuteur de ses enfants mineurs propriétaires de l'immeuble saisi.

Le Demandeur répondit en droit à cette Opposition sur ce que notre Droit ne reconnaissant que la Tutelle dative, la qualité prise par l'opposant était irrégulière et ne lui donnait aucun droit de s'opposer à la vente des biens saisis sur lui.

Per Curiam.—La qualité prise par l'opposant n'est pas reconnue par notre Droit qui n'admet que des Tuteurs datifs; en sorte que l'Opposition doit être renvoyée.

Ouimet, Morin et Marchand, pour le Demandeur.

R. et G. Laflamme, pour l'Opposant.

Opposition renvoyée.

(P. R. L.)

MONTREAL, 28 FEVRIER, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 1821.

Richer v. *Mongeau.*

Jugé;—que la vente par l'affréteur au lieu de la livraison, de la marchandise qu'il s'était obligé de transporter; dans une action pour la valeur de cette marchandise; détermine la Juridiction de la Cour en devenant la seule cause de l'action; et que l'on ne doit pas avoir égard au marché originaire intervenu en dehors de la Juridiction de [illegible] entre les parties qui n'auraient pas été justiciables de la Cour autrement.

Dans cette cause, le Demandeur [illegible] dans le District des Trois-Rivières; alléguait l'existence d'un marché intervenu entre lui et le Défendeur et par lequel ce dernier s'était obligé de lui transporter une certaine quantité de bois de chauffage au Port de Montréal, moyennant un certain frêt stipulé et convenu entre eux; et il alléguait de plus que le Défendeur avait en effet rendu le bois en question au lieu de la livraison, mais que le Défendeur en y arrivant s'était empressé de le vendre pour son propre compte; en sorte que le Demandeur concluait à condamnation contre le Défendeur pour la valeur de ce bois qu'il ne lui avait pas livré;—savoir: £15 2s 3d. Une Exception déclinatoire fut produite par le Défendeur qui prétendait que la cause de l'action n'avait pas pris son origine dans les limites du Circuit de Montréal, mais bien au lieu de la passation du marché, dans les limites du Circuit de Richelieu et dans lequel Circuit le Défendeur résidait et avait été assigné pour comparaître devant la Cour

Supérieure à Montréal. Le Demandeur ayant répondu à cette Exception, la cause fut inscrite à l'enquête et la preuve ayant été faite, les parties furent entendues au mérite de l'exception. Richer v. Mongeau

Smith, J. Le Défendeur au lieu de livrer le bois qu'il s'était obligé de rendre au Port de Montréal, l'a vendu. L'action n'est point pour la rupture de l'engagement originaire, mais pour la valeur du bois. Il s'agit de déterminer le lieu où la cause de l'action a pris son origine. C'est le lieu où la vente a été faite qui doit déterminer la Juridiction de la Cour et non pas l'endroit où le marché est intervenu. La réponse à l'Exception déclinatoire doit être maintenue.

Mondelet, J. La Juridiction ne se présume pas—la vente du bois a eu lieu à Montréal et c'est ce seul fait qui donne occasion à la présente cause. L'avis que le Défendeur devait donner au Demandeur de l'arrivage de son bois au lieu de la livraison, devient inutile par le fait de la vente qu'il en a faite. Le Demandeur se plaint que son bois a été vendu et il en demande la valeur, et ce fait ainsi allégué donne Juridiction à la Cour.

Loranger, Pominville et Loranger, pour le Demandeur.

Leblanc et Cassidy, pour le Défendeur.

(L. L.) Exception déclinatoire renvoyée.

EN APPEL.

DU DISTRICT DE MONTREAL.

MONTREAL 10 MARS 1857.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE, Bart., J. en Chef, DUVAL, J., CARON J., BADGLEY, J.

No. 102.

LAMOTHE *et al*, (*Opposants en Cour Inférieure.*)

Appelants.

ET

TALON DIT LESPERANCE, (*Défendeur en Cour Inférieure.*)

Intimé.

DONATION ONEREUSE—DOUBLES LODS—TRANSPORT SANS SIGNIFICATION.

Jugé: 1o. Qu'il n'est pas dû doubles Lods sur une donation onéreuse suivie d'une retrocession:
2o. Que la donation onéreuse seule a donné ouverture aux lods et ventes:
3o. Que le cessionnaire de ces lods dont le transport n'a pas encore été signifié, peut s'opposer à la distribution des deniers provenant de la vente de l'immeuble donné et rétrocédé:
4o. Que cette Opposition est un acte conservatoire qui n'exige pas la signification du Transport au préalable.

Sir Louis. H. Lafontaine Baronnet juge en Chef; dissentiens:

L'immeuble qui a été vendu en cette cause sur le Défendeur, avait été donné par le Défendeur à Mathias Auger et sa femme, le 30 Octobre 1854.

Le 1er Mars 1855, cet immeuble fut rétrocédé au Défendeur et fut saisi et vendu sur lui.

Les Appelants qui sont cessionnaires des arrérages des droits Seigneuriaux dûs sur cet immeuble ont formé leur Opposition afin de conserver sur les deniers provenant de la vente de cet immeuble pour lods tant sur cette Donation

L. amoth et al. v. Talon dit Lespérance.

que sur la rétrocession. Il est hors de doute qu'il n'y a pas de lods sur la rétrocession. Quant à la Donation, ils ne sont dûs qu'hypothécairement par le Défendeur, et comme le transport n'a jamais été signifié au débiteur originaire de ces lods et ventes; la seconde question qui nous est soumise est de savoir si les Opposants pouvaient former leur Opposition sans être saisis de la créance cédée faute de la signification de leur acte de cession. Il est certain qu'un cessionnaire ne peut pas porter une action en déclaration d'hypothèque avant que d'avoir fait signifier son transport et cette doctrine a été maintenue dans la cause de Lacroix vs. Bingham et LaRocque garant: nos 1578 et 1830 en 1840.

Je diffère de la majorité de la Cour qui considère que dans l'espèce, l'Opposition afin de conserver n'est qu'un acte conservatoire et pour l'exercice duquel la signification de la cession n'est pas nécessaire.

Je ne crois pas que la distinction apportée dans l'espèce soit suffisante; car les Opposants qui ont pu faire diligence (puisqu'il y a 12 ou 15 mois que la cession de ces droits Seigneuriaux leur a été consentie,) ne viennent pas simplement faire un acte conservatoire, mais l'effet de leur procédure est plus onéreux que s'ils avaient porté une action en Déclaration d'hypothèque, dans laquelle le Tiers-Détenteur aurait pu appeler son vendeur en garantie; car dans le cas actuel, ils demandent le paiement immédiat de leur créance,

Duval, J. Deux questions sont soulevées en cette cause; celle des doubles lods et celle relative au défaut de la signification du transport des Opposants avant que d'avoir produit leur opposition afin de conserver. Quant à la première, il suffit de référer aux auteurs suivants: Fonmaur, no. 614 et suivants, et 5 Vol. Pothier, Cout: d'Orléans, nos. 131, 132 et 134, p.p. 102, et suiv: pour se convaincre que les doubles lods ne sont pas dûs.

Quant à la seconde; l'on trouve dans les auteurs français que même un créancier conditionnel peut faire un acte conservatoire, obtenir un sursis au Jugement. Rien n'empêche le Défendeur d'appeler son garant par suite d'une telle opposition qui lui cause un trouble. L'on prétend que les Opposants étaient *in morâ* quant à la signification de leur transport, vû qu'il s'est écoulé plus d'un an entre sa passation et leur opposition; mais je considère que le principe serait le même s'il n'y avait que quelques jours et la difficulté qui se présente dans l'espèce serait toujours la même. Nous déclarons l'Opposition bien fondée comme acte conservatoire, sauf aux parties à adopter tels procédés ultérieurs qu'ils jugeront à propos.

Caron. J. Il est certain qu'il n'y a aucuns lods exigibles sur la résiliation de la Donation; mais je désire me réserver le droit de décider en une autre occasion une objection qui n'a pas été prise par les Parties; c'est le mode de supputer le *quantum* d'une rente viagère. Je sais que particulièrement dans le District de Montréal l'on a eu l'habitude de capitaliser cette rente pour une période de dix années; mais ceci ne me parait pas correct.

Je considère que l'on doit adopter l'opinion de plusieurs auteurs qui enseignent que lorsque les Parties ne s'accordent pas sur le montant, il faut recourir à la nomination d'experts.

J'adopte le principe émis par l'Honorable Juge en Chef; qu'une action en déclaration d'hypothèque qui serait dirigée contre un tiers par un cessionnaire dont le transport n'aurait pas été signifié, devrait être renvoyée, et même, je vais plus loin : Je révoque en doute cette Jurisprudence qui s'est introduite de considérer la signification de l'action comme équivalente à celle du transport et je la trouve en contradiction avec l'article 108 de la coutume de Paris qui est une loi positive, contraire à cette Jurisprudence et qui exige qu'une copie du transport soit baillée pour saisir le cessionnaire de la créance.

Cette opposition dans le cas actuel, doit être considérée seulement comme un acte conservatoire; car s'il n'était pas permis aux Opposants de la produire, ils perdraient leur droit.

Badgley, J. Il y a une autre considération qui me porte à décider cette cause en faveur des Appelants; c'est que l'immeuble qui est vendu à la requête de la femme de l'Intimé qui a obtenu une séparation de biens contre lui, se trouvait hypothéqué pour les lods et ventes dûs sur la Donation que le Défendeur en avait faite à Auger et sa femme et qui a été ensuite résiliée par eux; or dans l'espèce l'Intimé ne peut être considéré comme un tiers. Les Opposants ne font qu'exercer les droits du Seigneur leur cédant qui aux termes de l'article 81 de la Coutume de Paris pouvait poursuivre par simple action.

Le Jugement de la Cour est comme suit :

Considering that the demand and claim of the Opposants in this cause filed in and by their opposition *à fin de conserver* to be collocated upon the proceeds of the sale of the real estate of the said respondent Pierre Augustin Talon dit Lesperance is of a conservative character and could be legally exercised by the said Appelants previous to and without *signification de Transport*, signification of the assignment to the said Appelants in the pleading in this cause mentioned and considering that there is error in that respect in the Judgment rendered in this cause by the Superior Court sitting at Montreal on the thirtieth day of May last doth reverse the said Judgment, and this Court proceeding to give the Judgment which the Court below ought to have given, considering that the Appellants can only claim *lods et ventes* under the deed of donation in this cause filed and bearing date the thirtieth day of October, one thousand eight hundred and fifty four, and not under the deed of resiliation thereof, and in this cause fyled and bearing date the first of March one thousand eight hundred and fifty six doth order and adjudge, that the said report of collocation and distribution in this cause, be amended and reformed by reducing the amount of the collocation of the said Appellants to the sum of forty two pounds seventeen shillings and six pence Currency being for *lods et ventes* under the said deed of donation, no objection having been raised to the mode of ascertaining the capital sum upon which the said *lods et ventes* were established, the whole with costs against the said respondent Pierre Augustin Talon dit Lesperance, as well of the contestation in the Superior Court as of this Court. The Honorable Sir L. H. Lafontaine Bt., Chief Justice dissenting.

W. Bovey, Procureur des Appelants.

Doutre et Daoust, Procureurs de l'Intimé.

(P. R. L.)

Jugement infirmé.

EN APPEL

DU DISTRICT DE MONTREAL,

MONTREAL, 10 MARS, 1857.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE Bt. J. en Chef, AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

PREFONTAINE, *Défendeur en Cour Inférieure.*

Appelant.

ET

PREVOST, ET AL, *Demandeurs en Cour Inférieure.*

Intimés.

Jugé, 1o qu'un jugement peut être obtenu pour une dette non encore échue lors de l'institution d'une action, sans qu'il soit nécessaire de faire aucune preuve d'insolvabilité ou de fraude chez le débiteur; (si l'échéance survient durant le cours de l'instance,) autrement que par l'affidavit du Demandeur sur lequel une saisie arrêt a été émanée.

2o. Qu'un débiteur saisi-arrêté en vertu d'une Saisie-Arrêt avant Jugement ne peut par aucune défense ou dénégation des allégations d'un affidavit donné pour obtenir une Saisie-Arrêt, forcer le Demandeur à prouver la fraude du Défendeur, et que l'affidavit de la partie suffit pour constater la fraude ou l'insolvabilité et pour maintenir la Saisie-Arrêt.

L'Appelant Prévost Demandeur en Cour Supérieure, le 27 Octobre 1855, obtient une Saisie-Arrêt avant Jugement contre le Défendeur Préfontaine, ayant donné son affidavit ordinaire pour une Saisie-Arrêt, jurant que le Défendeur recélait et dissipait ses effets dans l'intention de frauder ses créanciers, et que le Défendeur lui était endetté en une somme de £271 14s. 11d.

Sur cette somme il y avait une somme de £91 17s. 11d., montant d'un billet non encore échu lequel ne devenait exigible que le troisième jour de Décembre suivant.

A cette action, l'Appelant a plaidé spécialement qu'avant l'émanation de la Saisie-Arrêt, et lors de l'institution de l'action, il n'avait, en aucune manière, dissipé et recélé ou voulu dissiper ou recéler aucun de ses effets mobiliers, ni rien faire dans le but de frauder ses créanciers ou les Intimés ; que ces derniers reclamant par leur action des créances, billets et sommes non-échues, et l'Appelant n'ayant jamais été coupable de la fraude à lui imputé ou de recel, ne pouvaient obtenir le paiement par anticipation d'aucune somme d'argent non exigible, ni procéder par voie de Saisie-Arrêt.

L'Appelant conclut, en conséquence, au renvoi de cette partie de la demande fondée sur des créances non exigibles et au renvoi de la Saisie-Arrêt.

Les Intimés ne firent aucune preuve que celle de la signature des billets et de la vente des marchandises.

Sur cette preuve le 30 Septembre, 1856 ; la Cour Supérieure prononca jugement déclarant la saisie arrêt bonne et valable, et condamnant le Défendeur à payer tout le montant réclamé y compris le billet non échu lors de l'institution de l'action. (*)

(*) La Cour composée des juges Day, Smith, et C. Mondelet.

Préfontaine v. Prevost, et al.

Préfontaine interjeta appel de ce jugement et pour en obtenir la révision il prétendit, que des faits de fraude constatés ou des présomptions raisonnables pouraient seuls justifier l'émanation d'une saisie arrêt.

L'appelant soumis à toute la rigueur et aux conséquences d'un pareil procédé, a t-il le droit de demander aux Intimés la preuve de cette accusation, peut-il l'obtenir dans le tribunal même où il est assigné et qui va déclarer cette Saisie-Arrêt bonne et valable et le constituer par là même débiteur frauduleux, a-t-il le droit d'exiger avant de subir une telle condamnation, la preuve des faits sur lesquels elle repose ?

La fraude du débiteur est la seule cause qui puisse justifier l'émanation de la saisie avant jugement, et le statut 27, Geo. III, chap. 4, sec. 10, page 96, Des Statuts Révisés, exige avant l'émanation, la preuve légale à la satisfaction d'un des juges que le débiteur était endetté, et qu'il était sur le point de recéler et dissiper ses biens dans l'intention de frauder ses créanciers, *due proof on oath*, &c.

En niant formellement cette accusation de fraude comme le faisait l'Appelant par sa réponse à l'action, il mettait les Intimés dans la nécessité de les prouver et faute par eux de les justifier par la preuve, la Saisie-Arrêt devait être renvoyée.

L'insolvabilité ou la fraude de l'Appelant n'ayant en aucune manière été établie par la preuve, la Saisie-Arrêt devait être renvoyée et le renvoi de la Saisie-Arrêt devait entrainer le renvoi de l'action.

En supposant que tous ces moyens ne pouvaient être invoqués par l'Appelant, pour faire rejeter la Saisie-Arrêt et pour faire infirmer le jugement de la Cour Inférieure, en supposant que cet affidavit donné par la partie elle-même forme une preuve légale, complète, irrécusable, et suffit pour saisir-arrêter tous les meubles, suspendre toutes les affaires d'un débiteur, et le constituer débiteur frauduleux, sans qu'il puisse s'y opposer ou en exiger d'autre preuve, ou en offrir la justification, en admettant cela comme des principes consacrées par la loi et et la jurisprudence, le jugement dont l'Appelant se plaint serait encore nul et devrait être infirmé pour absence de preuve sur un point qui devait être établi pour donner droit aux Intimés d'obtenir la condamnation qu'ils ont obtenue contre l'Appelant. La créance des Intimés était composée de divers billets dont l'un comme il est dit plus haut, pour la somme de quatre-vingt-onze louis, dix-sept chelins et onze deniers, ne devait échoir que le troisième jour de décembre suivant.

Pour cette somme, les Intimés n'avait, lors de l'émanation de la Saisie-Arrêt, aucun droit d'action, qu'en autant que l'Appelant était devenu insolvable, ou qu'il fraudait, ou dissipait ses biens, la dette n'était pas dûe et n'existait pas.

Les Intimés n'ayant fait aucune preuve sur ces faits de fraude et d'insolvabilité la Cour Supérieure ne pouvait condamner l'Appelant à payer une dette non échue, lors de l'institution de l'action, et le fait de l'échéance de cette créance pendant l'instance, ne pouvait dispenser de la preuve sur ce point, car c'est uniquement sur la dette, telle qu'elle existait lors de l'institution de l'action que la cour peut adjuger. Or, sans preuve d'insolvabilité ou de fraude, cette partie de la créance des Intimés n'avait aucune existence légale, et malgré cette absence de preuve, le jugement rendu pour cette dette non-exigible, doit enentrainer la la nullité, indépendamment de toute autre considération.

Préfontaine. v. Prévost et al.

En conséquence l'Appelant demandait la réformation du jugement quant à la condamnation maintenant la Saisie-Arrêt et à cette partie qui comportait condamnation pour la dette non échue lors de l'institution de l'action.

Les Intimés prétendait que l'affidavit était toute la preuve exigée par le statut et suffisait pour faire déclarer la Saisie-Arrêt bonne et valable ; que quant à la somme non échue lors de l'institution de l'action, cela n'était d'aucun intérêt pour le Défendeur ; vû que cette somme n'était qu'une partie de la créance totale et qui était échue lors du Jugement, qu'il aurait pu être soumis aux frais d'une nouvelle action et qu'il était inutile de mettre la partie dans la nécessité de faire une preuve de fraude ou de déconfiture.

La Cour d'Appel fut unanimement d'opinion de rejeter l'Appel, déclarant que l'Affidavit de la partie obtenant une Saisie-Arrêt constituait la preuve légale suffisante de fraude, et ne pouvait être mis en question par une dénégation des allégations de l'affidavit et que cet affidavit suffisait pour faire preuve de la fraude du Défendeur de manière à exempter le créancier d'aucune preuve ultérieure pour lui donner droit à Jugement pour la partie de sa créance qui n'était pas exigible lors de l'institution de l'action.

Laflamme, Laflamme et Barnard, Procureurs de l'Appelant.

Cherrier, Dorion et Dorion, Procureurs des Intimés.

Jugement confirmé.

(R. L.)

EN APPEL.

DU DISTRICT DE MONTREAL.

MONTREAL 12 MARS 1857.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE Bart., J. en Chef, AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

No. 124.

PATTENAUDE, *(Demandeur en Cour Inférieure.)*
Appelant.

ET

LERIGER DE LAPLANTE ET AL. *(Défendeurs en Cour Inférieure.)*
Intimés.

ORDONNANCE 4 VIC., CAP. 30.—VENDEUR—ACTION RESOLUTOIRE.

JUGÉ :— 1. Qu'avant l'ordonnance qui a établi les Bureaux d'Enregistrement, le vendeur qui n'était pas payé de son prix de vente pouvait exercer l'action résolutoire.
2. Que cette action n'a pas été proscrite ni modifiée par l'ordonnance.

Les faits de cette cause sont rapportés dans le Factum de l'Appelant comme suit :—

Le 28 Septembre 1854, l'Appelant, par acte devant Langevin, Notaire, vendit à Marie Louise Lériger de Laplante, l'une des intimés, la moitié d'une terre située dans Williamstown, Seigneurie d'Annfield, pour la somme de trois mille livres ancien cours qu'elle promit lui payer le vingt Avril 1855, sans intérêt ; de plus à la charge de faire certains paiemens dûs en vertu de la répartition faite pour la construction de l'église de la paroisse de St. Urbain.

Le même jour, (28 Septembre 1854,) la dite Marie Louise Lériger de Laplante donna cette moitié de terre aux deux autres Intimés Hubert Caillé dit Biscornet, son gendre, et Cléophée Fifre, sa fille, moyennant certaines charges, et entre autres celle de payer à l'Appelant les trois mille livres que la donatrice lui devait.

Ce prix n'ayant pas été payé, l'Appelant fit notifier les Intimés le 5 Juin 1855, qu'à défaut par eux de lui payer, il se pourvoirait pour faire rescinder la vente. Il a depuis porté son action et a conclu à ce que l'acte de vente du 28 Septembre 1854 fut résolu à défaut de paiement du prix de la dite vente et des intérêts qui lui étaient dûs ; à ce que l'Appelant fut réintégré dans la propriété et possession de l'immeuble de même que si la vente n'avait jamais eu lieu ; à ce que le jugement qui interviendrait contre la dite Marie Louise Lériger de Laplante fût déclaré commun aux deux autres Intimés ; à ce que ces derniers comme détenteurs actuels de l'immeuble ci-dessus mentionné fussent condamnés à le délaisser et abandonner à l'Appelant sous quinze jours du jugement à intervenir, et enfin à ce que les Intimés fussent condamnés à payer à l'Appelant les fruits et revenus du dit immeuble pendant la jouissance qu'ils en avaient eue, si mieux ils n'aimaient lui payer dans le dit délai de quinze jours la somme de trois mille livres ancien cours, prix de la dite vente, avec intérêt, à compter du 20 avril 1855 et les dépens, auxquels l'Appelant concluait dans tous les cas.

Les Intimés, Hubert Caillé dit Biscornet et Cléophée Fifre, ont seuls opposé des exceptions péremptoires et une défense en fait à l'action de l'Appelant. qui a procedé *ex parte* contre Marie Louise Lériger de Laplante, l'autre Intimée

Dans leurs exceptions, les Intimés qui ont contesté la demande, allèguent que par acte du 28 septembre 1854, la dite Marie Louise Lériger de Laplante leur a donné l'immeuble reclamé par l'Appelant ;

Que cette donation a été faite à la charge d'une rente et pension viagère, et aux autres conditions mentionnées au dit acte, ce qui en faisait une vente plutôt qu'une donation ;

Qu'ils avaient pris possession de l'immeuble en question aussitôt après la passation du dit acte de donation qui a été inscrit au Bureau d'Enregistrement du Comté, le 30 décembre 1854 ;

Que la dite Dame Lériger de Laplante avait acheté cet immeuble de l'Appelant par un acte du 28 septembre 1854 qui n'avait pas été enregistré au Bureau des Hypothèques dans les trente jours après sa date, ni depuis ;

Que les Intimés Biscornet et son épouse avaient, le 5 avril 1855, payé à la dite Dame Lériger de Laplante la somme de trois mille livres qu'ils s'étaient obligés de payer pour elle à l'Appelant et qu'ils en ont reçue le même jour une quittance devant LeBrun, Notaire ; que lorsqu'ils ont payé cette somme l'Appelant n'avait pas accepté la délégation qui lui avait été faite et qu'ils ont acquitté cette dette de bonne foi *et sans fraude* ;

Que par la loi du pays, l'Appelant n'était pas fondé à demander que l'acte de vente du 28 septembre 1854 fût résolu et qu'il fût remis en possession de l'immeuble vendu et passé en main tierce ;

Pattenaude v. Lériger de Laplante et al.

Que le recours que l'Appelant aurait pu exercer était l'action hypothécaire, s'il avait fait inscrire l'acte de vente, mais qu'il n'a jamais eu d'autre créance qu'une créance chirographaire contre la dite Dame Lériger de Laplante, attendû que cet acte n'a pas été enregistré.

L'Appelant ayant répliqué, les parties procédèrent à leur enquête.

La preuve de l'Appelant consiste dans son acte de vente, un protêt signifié aux Intimés et les dépositions de deux témoins qui constatent la valeur des fruits et revenus de l'immeuble.

Celle du Défendeur consiste dans la donation du 28 septembre 1854, la quittance du 5 avril 1855 et une admission que les charges de la donation égalaient la valeur de l'immeuble donné.

Le jugement de la Cour Superieure composée des juges M.M. Day, Smith, et Mondelet, en date du 31 Mars 1856 est en ces termes :

"Considérant que par l'acte de vente mentionné dans la déclaration un terme et crédit pour le paiement du prix de la terre et dépendances vendues qui y sont désignées, a été accordé à la dite Dame Marie Louise Lériger de Laplante, la Défenderesse : Et considérant de plus que le dit acte de vente n'a pas été enregistré tel que requis par la loi pour la préservation des droits du Demandeur, le vendeur, contre les tiers acquéreurs ou donataires, qui ont acquis pour bonne et valable considération, et que pour ces raisons et par la loi le dit acte ne devrait pas être rescindé, maintient les exceptions et déboute l'action du Demandeur avec dépens."

L'argumentation de l'Appelant devant la Cour d'Appel fut comme suit :

La Coutume assure au vendeur de meubles qui n'a pas suivi la foi de l'acheteur en lui donnant terme, un droit de revendication lorsque les meubles sont encore en la possession de ce dernier. Elle considère que le vendeur n'a jamais cessé d'en être le propriétaire, nonobstant la délivrance qu'il en a faite et qui n'a transmis à l'acquéreur qu'une simple possession civile. Le paiement du prix pouvant seul lui en transférer la propriété (1).

L'article de la Coutume (2) ne s'applique qu'aux meubles, il n'a pas de rapport à la question soumise en cette cause, quoique la Cour Inférieure en ait emprunté les termes, pour en faire un des considérants de son jugement. (*)

Mais il est une autre action applicable aux ventes d'immeubles.

Pothier (3) en parle ainsi :

"Mais comme le plus souvent on ne peut sans de grands frais se faire payer de ses débiteurs, on a été obligé de se départir, dans les tribunaux, de la rigueur de ces principes ; et l'on admet un vendeur à demander la résolution du contrat de vente pour défaut du paiement du prix, quoiqu'il n'y ait pas de pacte commissoire."

(1) Pothier, Vente No. 322.

(2) Paris, Art. 176.

(*) *Sed Vide* Rép. de Guyot vbo. lods p. 723. Pothier, vente No. 323.

(3) Vente No. 475, *le alinéa.*

Domat (1) dit aussi :

" Si l'acheteur ne paie au terme après la délivrance, le vendeur pourra demander la résolution de la vente, faute de paiement ; et elle sera ordonnée, ou d'abord, s'il y avait danger que le vendeur perdit la chose et le prix, ou si ce péril cesse, après un délai, selon les circonstances ; et ce délai n'est pas refusé quand même il serait dit par le contrat, que la vente serait résolue par le défaut de paiement."

Moins la dernière partie, cette section est passée en entier et à peu près dans les même termes dans les articles 1654 et 1655 du Code Civil.

C'est de cette dernière action qu'il s'agit ici. Le droit transmis à Marie Louise Lériger de Laplante dans l'immeuble vendu était un droit résoluble dans le cas où elle ne paierait pas le prix de son acquisition. Cette vente était sujette à une condition résolutoire qu'il n'est pas nécessaire de stipuler et qui est sous-entendue dans tous les actes de vente. Ce droit suit la chose vendue en quelques mains qu'elle passe. Non seulement on peut intenter cette action contre l'acquéreur tant qu'il est en possession de l'immeuble, mais encore lorsqu'il l'a aliéné.

Elle peut être portée contre l'acquéreur seul et le jugement déclaré exécutoire contre le tiers détenteur ; ou elle peut être dirigée, comme l'Appelant l'a fait, en même tems contre l'acquéreur et contre ceux à qui il a transmis la propriété.

Toutes ces propositions sont établies d'une manière concluante par les auteurs qui ont traité cette matière, mais surtout par Troplong dans son traité sur le Contrat de Vente. (2)

---

(1) Lois civiles, Tit. 2, sect. 3, No. 8.

Dans l'Edition in-8 de cet ouvrage, à la page 165 du Tome 1er, on y trouve, au bas de cette section, la note suivante de l'Editeur, M. Rémy.

" Il n'est pas nécessaire que le pacte commissoire ait été stipulé, pour que la résolution d'une vente à défaut de paiement du prix puisse être demandée. La résolution de la vente peut être prononcée bien que l'objet vendu soit passé entre les mains d'un tiers, et que ce tiers ait rempli les formalités pour purger les hypothèques.

Si le prix de la première vente consiste dans une rente perpétuelle, le vendeur peut également en demander la résiliation à défaut du paiement de cette rente.

Ces trois règles doivent être observées à l'égard d'une vente antérieure à la publication du Code Civil.

Cassation, 3 décembre 1817.

Bourjon, Tome 1er p. 485, Tit. 4, ch. 9, sect. 1 et suivantes.

" Faute par l'acquéreur de payer le prix et de satisfaire aux charges de son acquisition, le vendeur a la voie ouverte pour demander la résolution ; le paiement, étant légalement la condition de la vente faute de laquelle elle doit être anéantie."

Note de l'auteur.—Cela a été jugé ainsi au Châtelet, moi plaidant, quoique le prix de la vente eût été une rente.

Troplong, Priv. et Hyp., No. 191.

Duranton, T. 19, p. 207, No. 151.

(2) Vente No. 621.

"Mais dans les pays coutumiers d'autres idées prévalurent. La jurisprudence des parlements fit fléchir les règles du droit romain et l'on *sous-entendit la clause résolutoire* pour défaut de paiement du prix dans tous les contrats de vente."

No. 622—" Il ne faut pas s'imaginer que la clause *résolutoire* sous-entendue dans nos contrats synallagmatiques, soit identique au pacte commissoire que les Romains insèraient dans leurs contrats de vente pour reprendre la chose vendue en cas de non paiement."

Pattenaude v. Leriger de Lapiante et al.

Rien n'etait donc plus certain que ce droit d'action avant la passation de l'Ordonnance. Examinons maintenant si l'Ordonnance l'a detruit.

Les Bureaux d'Enregistrement ont été établis pour faire connaître les droits des acquéreurs d'immeubles et des créanciers hypothécaires entre eux. L'enregistrement détermine lequel d'entre plusieurs acquéreurs successifs peut réclamer la propriété au préjudice des autres acquéreurs d'un même vendeur, ainsi que l'ordre des hypothèques sur un immeuble lorsqu'elles ont été constituées par celui qui en était propriétaire.

Mais ni cette Ordonnance, ni les lois subséquentes qui l'ont modifiée, n'ont pourvu à ce que l'enregistrement pût conférer un titre à celui qui n'en avait pas, ni une hypothèque sur une propriété qui n'appartenait pas au débiteur, ni enfin que celui qui n'était que propriétaire conditionel pût transmettre un droit de propriété absolue.

La troisième clause de l'Ordonnance déclare au contraire en termes formels que l'enregistrement n'aura d'effet qu'entre les acquéreurs d'un même vendeur. Cette clause est concluante et veut dire que si deux acquéreurs ont acheté d'un même vendeur, celui qui aura enrégistré le premier sera préféré, si au contraire ils ont acheté de différents vendeurs la priorité de l'enregistrement ne servira de rien, celui qui tiendra son titre du vrai propriétaire sera préféré, même sans enregistrement. Ceci repose sur ce principe que le vendeur ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même dans la chose vendue. Si donc il n'a qu'un droit résoluble, l'acquéreur ne pourra pas reclamer un droit incommutable et l'enregistrement de son acte d'acquisition ne pourra suppléer au vice de son titre (1)

No. 623—" On ne confondra pas non plus l'action en résolution avec l'action en revendication (*en vertù du pacte commissoire*) que les lois romaines donnaient au vendeur non payé".....

No. 624—" L'action en résolution donnée au vendeur par notre article est personnelle".....

2 *Al* " Néanmoins suivant la doctrine de presque tous les auteurs, elle n'est pas pure personnelle. Elle est du nombre de ces actions que l'on appelle *personales in rem scriptæ*".....

3e *Al.* " Un des caractères de l'action personnelle, *in rem scripta*, c'est d'engendrer toujours un droit de suite contre les tiers détenteurs, etc.".....

Nos. 631, 632, 633 et suivants.

No. 637—" Mais pour plus de célérité et d'économie, le vendeur a encore sous sa main une manière plus expéditive de procéder,

Il peut actionner du même coup l'acheteur direct et les tiers détenteurs."

Nos. 646, 651, 652, 653.

Dalloz—Dictionnaire de jurisprudence, Vo. vente, art. 8, § 5, No. 688.

" Sous l'ancienne jurisprudence suivie dans le ressort de la Coutume de Paris, qui en cela s'était écarté de la rigueur des principes du droit romain, le vendeur avait, comme sous le Code Civil, le droit de faire résoudre la vente à défaut du paiement de tout ou de partie du prix, etc.".....

Idem, Nos. 748 et 762.

Teulet, Codes Français annotés p. 549, Nos. 110 et 111.

(1) Poncet, traité des Actions No. 129.

Lorsque le vendeur réclame son prix de vente contre le tiers-acquéreur, il se présente comme créancier et doit se soumettre aux formalités de l'enregistrement de son hypothèque, mais lorsqu'il demande à rentrer dans l'immeuble vendu à défaut de paiement du prix, il ne fait que réclamer un droit de propriété. (1)

Pour conserver son hypothèque il était tenu de prendre inscription; pour conserver sa propriété, il n'a aucune formalité à observer, la loi n'en exige aucune. De plus si l'action en résolution existait avant l'Ordonnance, il faudrait indiquer une disposition expresse de quelque loi, qui l'aurait abolie ou qui l'aurait soumise à la formalité de l'enregistrement. Or, on ne trouve nulle part une semblable disposition.

Le Code et les divers lois qui ont soumis les vendeurs pour la conservation de leur priviléges aux formalités de l'enregistrement, l'ont fait à peu près dans les termes de notre Ordonnance et des statuts qui l'ont amendée. (2)

Cependant tous les auteurs modernes admettent que l'action en résolution existe sous le Code sans enregistrement, même à l'égard des tiers-détenteurs dont le titre serait enregistré (3). Il faut donc dire que l'action de l'Appelant était bien fondée; que ses conclusions auraient dû lui être accordées et que ce n'est que parce que la Cour Inférieure a méconnu les principes applicables à cette demande, qu'elle a repoussé ses prétentions.

En effet, le jugement de la Cour Inférieure repose sur deux erreurs manifestes, la première que le vendeur ne peut rentrer dans sa propriété à défaut de paiement du prix, que lorsque la vente a été faite sans jour et sans terme, et la seconde que l'enregistrement est nécessaire au vendeur pour lui conserver son droit de faire résoudre la vente dans les cas où la loi permet de le faire.

Sir L. H. Lafontaine, *Bart., Juge en Chef.* Dans l'acte de donation du 28 septembre 1854, intervenu entre l'Intimée Marie Louise Lériger de Laplante d'une part et les deux autres Intimés son gendre et sa fille d'autre part; il y a eu une délégation en faveur de l'Appelant quant à son prix de vente, qu'il aurait pu accepter par un acte subséquent ou par action personnelle contre Biscornet.

Nous avons déjà décidé: que l'inscription en France vaut acceptation. (4) Le statut de 1843: 7 Vic., chap. 22 section 6 statue "que l'enregistrement tout "au long.... sera suffisant pour conserver les droits de toutes les parties intéressées en icelui."

(1) Dalloz Dict. de Jurisprudence, v. vente, No. 687.
Le droit qu'a le vendeur d'un immeuble cédé moyennant une rente foncière, de se faire payer ou de résilier la vente n'est ni un droit de privilége ni un droit d'hypothèque, *mais un droit de propriété*, qui ne peut être purgé que par les voies légales."

(2) Code civil, Art. 2103, 2106, 2108.

(3) Troplong, Priviléges et Hyp., No. 222,223.—*Idem*, No. 254. "J'ai dit tout à l'heure que le vendeur qui n'avait pris aucune précaution pour conserver son privilége pouvait toujours exercer le droit de résolution.
Dalloz, Dict. de Jurisprudence, Vo. vente, Art. 8, §5, No. 688, 739, 743.
Duvergier, vente, No. 433, 434, 440 et surtout 441, 450, 456.

(4) Ryan et Halpin, 6 L. C. Reports p. 61.

Pattenaude v. Lériger de Laplante et al.

Si l'Appelant eût enregistré son titre, cet enregistrement équivaudrait à une acceptation; or la loi de 1843 déclarant que l'enregistrement de cet acte vaut pour toutes les parties qui y sont intéressées, il s'ensuit donc que l'Appelant doit être virtuellement censé avoir accepté cette délégation et que par l'opération de la loi cette délégation est parfaite. Ce principe existait sous l'ancien droit.

Sous le régime de l'Edit de 1771 concernant les hypothèques, la simple indication de paiement valait opposition et dispensait les tiers indiqués d'en former une. (1) Cela a été jugé dans le District de Montréal dans une demande en ratification de titre par feu le Dr. Vallée sur son acquisition de feu J. D. Lacroix. (2)

Il y a eu fraude entre la belle mère et le gendre et la quittance du 5 avril 1855 n'est pas sincère.

Le jugement est motivé au long comme suit:

"La cour après avoir entendu les parties, par leurs Avocats, examiné le dossier de la cause en cour de première instance, les griefs d'Appel, et les réponses à iceux et sur le murement délibéré. 1o. Considérant que par acte du 28 septembre 1854 l'Appelant a vendu à l'Intimé, Marie Louise Lériger de Laplante, l'immeuble dont il s'agit en cette cause, pour le prix de 3,000 livres ancien cours, payable le 20 avril 1855; que le même jour, la dite Marie Louise Lériger de Laplante a fait donation entre-vifs du même immeuble aux deux autres Intimés, savoir: le dit Hubert Caillé dit Lacornet et la dite Cléophée Fifre, fille de la donatrice, à certaines charges, entre autres, de servir une rente et pension viagère à la dite donatrice, et de payer, à son acquit, à l'Appelant en cette cause, la susdite somme de 3,000 livres, ancien cours, due en vertu du susdit acte de vente, ainsi qu'il fut déclaré expressément dans le dit acte de donation; que ce dernier acte a été enregistré, mais que le susdit acte de vente ne l'a pas été; 2o. Considérant que, de droit commun, l'action en résolution de la vente, faute de paiement du prix, appartient au vendeur, soit que la vente ait été faite à terme ou sans terme; que le droit de porter cette action n'a été en aucune manière affecté, par les lois nouvelles concernant le régime hypothécaire; et que, par conséquent, le défaut d'enregistrement de l'acte de vente ne peut préjudicier à l'exercice de cette action; 3o. Considérant de plus dans l'espèce, que le susditacte de vente et le susdit acte de donation ont été passés le même jour; que la créance de l'Appelant qui consiste dans le prix de la susdite vente, n'a pas été tenue secrète aux donataires, puisque par l'acte de donation qu'ils invoquent, ils se sont engagés personnellement à payer cette créance à l'Appelant, à l'acquit de la donatrice; que, par conséquent, les dits donataires ne peuvent pas se dire, au, préjudice de l'Appelant, tiers-acquéreurs de bonne foi, aux termes et selon l'esprit de la première section de l'ordonnance d'enregistrement; d'autant plus que dans les circonstances de la cause, l'Appelant pourrait invoquer contre eux, à raison de l'enregistrement qu'ils ont pris de l'acte de donation, cette disposition du statut de 1843, chap. 22, sect. 6, qui porte "que l'enregistrement tout au

(1) Notre Statut concernant les ratifications de Titres est en grande partie calqué sur l'edit de 1771 qui a institué les lettres de ratification.

(2) Ex parte Vallée en 1843 No. 302.

"long de tout document, écrit, acte ou chose, séra suffisant pour conserver les "droits de toutes les parties intéressées en icelui, d'une manière aussi efficace "que s'il eut été enregistré a la demande de ces parties respectivement";—4o. Considérant qu'en cas de délégation, cette délégation devient parfaite par l'enregistrement, ou inscription, qui en est pris par le créancier, ou à son profit, que selon la disposition ci-dessus rapportée du statut de 1843, l'enregistrement qui a été fait du susdit acte de donation, profitant non seulement aux donataires mais encore à *toutes les parties intéressées en icelui*, doit être censé avoir le même effet que s'il eut été fait à la demande de l'Appelant, et par conséquent vaut, en sa faveur, une acceptation de la délégation contenue en l'acte de donation;—5o. Considérant encore que le paiement que les donataires prétendent avoir fait, le 5 d'avril 1855, à la dite Marie Louise Lériger de Laplante, de la susdite somme de 3,000 livres ne peut pas dans les circonstances, être regardé comme sincère; qu'au contraire la quittance qu'ils invoquent à cet égard, doit être regardée comme simulée et donnée en fraude des droits de l'Appelant;—6o. Considérant, par conséquent, qu'il y a mal jugé dans le jugement dont est Appel, savoir: le jugement rendu par la Cour Supérieure siégeant à Montréal, le 31e jour de mars 1856, qui déboute l'action du dit Joseph Pattenaude, infirme le susdit jugement avec dépens contre l'Intimée en faveur du dit Appelant. Et cette cour procédant à rendre le jugement que la dite Cour Supérieure aurait dû rendre, déclare résolu à toutes fins que de droit, l'acte de vente par lui consenti à la dite Marie Louise Lériger de Laplante le 28 septembre 1854, devant Langevin et son confrère, Notaires, à St. Isidore, à défaut du paiement de la dite somme de 3,000 livres ancien cours, montant du prix stipulé au dit acte de vente, et des intérêts sur la dite somme à compter du 20 avril 1855; et ordonne que le dit Demandeur, l'Appelant, soit réintégré dans la propriété et possession du dit immeuble de même que si la dite vente n'avait jamais eu lieu; la cour déclare de plus le présent jugement commun, aux dits Hubert Caillé dit Biscornet et Cléophée Fifre son épouse, et les condamne, comme détenteurs et possesseurs de l'immeuble décrit au susdit acte de vente, comme suit, savoir: "la moitié sud-est du "lot de terre" &c. &c., à délaisser et abandonner au dit Demandeur, (l'Appelant) sous six semaines de la signification du présent jugement, la possession du susdit immeuble, et à défaut par eux de ce faire, qu'ils en seront dépossédés par main de justice, et le dit Demandeur mis en possession d'icelui; condamne de plus les dits Hubert Caillé et Cléophée Fifre à rendre, sous le dit délai de six semaines, compte des fruits et revenus qu'ils ont perçus du susdit immeuble pendant la jouissance qu'ils en ont eue. Si mieux n'aiment les dits défendeurs payer au dit demandeur sous le délai susdit, la susdite somme de 3,000 livres dit ancien cours avec intérêt sur icelle à compter du 20 avril 1855, et les dépens encourus par le dit demandeur tant en cour de première instance que sur le présent appel, auxquels dépens ils sont condamnés dans tous les cas." (1)

Cherrier, Dorion et Dorion, pour l'Appelant.

Leblanc et Cassidy, pour les Intimés.

P. R. L.

(1) La jurisprudence en France en matière d'actions résolutoires a été changée par la loi du 23 mars 1855 article 7. Voir Troplong, Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière

EN APPEL.

DU DISTRICT DE MONTREAL.

MONTREAL, 12 MARS 1857.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE, Bart., J., en Chef, AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

No. 160.

BEAUDRY, (*Demandeur en Cour Inférieure.*)
Appelant.

ET

PAPIN, (*Défendeur en Cour Inférieure.*)
Intimé.

JURY—INJURES VERBALES.

Jugé.—1o. Quand le verdict rendu et les réponses données sont contraires à la preuve, la cour mettra le rapport du jury au néant, et ordonnera un nouveau procès.

2o. Au soutien d'une action pour injures verbales, il n'est pas nécessaire de prouver *ipsissima verba*: la substance suffit.

Procès en diffamation de la part de l'Appelant, Demandeur, contre l'Intimé, Défendeur.

Dénégation générale.

La preuve des parties ayant été administrée devant le jury réuni pour décider de la cause; le verdict fut défavorable au Demandeur, lequel fit ensuite motion pour nouveau procès.

Cette motion fut rejetée le 25 septembre 1856, et sur la motion de l'intimé, l'action fut renvoyée le 30 septembre 1856.

Appel de la part du Demandeur.

Les raisons de cet appel énoncées dans le *Factum* de l'Appelant sont: " 1o, que " la cause de la défaveur du verdict " provient " du résumé fait par le juge et " rien autre chose;"—2o, " que le verdict a été rendu contre la preuve."

L'Intimé dans son *Factum* soutient: " que le jury étant le seul juge du fait, " avait seul le droit de prononcer si la preuve était satisfaisante ou non; que la " preuve était contradictoire" et que conséquemment le verdict du jury devait être confirmé.

L'Intimé cita les autorités suivantes:—

Graham & Waterman on new trials 1 vol. p. 353. " It is a general rule, with but few exceptions, " that in penal, and what are denominated hard actions, the Court will not set aside the verdict, if " for the defendant, although there may have been a departure from strict law in the finding of the " jury. Page 355. " It may be proper to add, that of this class of cases, *Slander* is emphatically one " where the Court will rarely disturb the verdict if for the defendant, although against law. Indeed, it " appears to have been regarded at one time as a rule so general as hardly to admit of an exception." 3 vol. p. 1353 et seq.

---

hypothécaire. Le texte de cet article est comme suit: " L'action résolutoire établie par l'article 1654 " du Code Napoléon, ne peut être exercée après l'extinction du privilége du vendeur, au préjudice des " tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, et qui se sont conformés aux " lois pour les conserver." Troplong ajoute, No. 290. Par conséquent, l'action résolutoire subsiste, après l'extinction du privilége, contre l'acheteur, ses héritiers et autres ayants cause à titre universel, contre ses créanciers chirographaires, enfin, contre toutes personnes dans la position de celles à l'égard desquelles un acheteur a le droit de revendication, sans avoir fait transcrire son titre. Voyez Nos. 144 et suivants.

(F. W. T.)

Les notes des témoignages furent transmises à la Cour d'Appel ; mais le résumé du juge n'ayant pas été rédigé par écrit (1) la Cour d'Appel n'en fut aucunement saisie.

Beaudry v. Papin.

Caron, J. Deux considérations nous portent à décider en faveur de l'Appelant.

En premier lieu, il s'agit de décider si la Cour Inférieure avait le droit d'intervenir sur la légalité du verdict rendu sur les faits prouvés devant le jury ; c'est-à-dire, si elle avait juridiction de s'enquérir si les faits de la cause avaient été légalement appréciés par le jury.

Il nous paraît que la législature n'a pas eu d'autre but, que d'accorder cette juridiction à la cour, en ordonnant au juge appelé à présider le procès devant le jury, de rapporter la preuve. (2) La cour ne doit pas pousser le respect pour l'appréciation du jury, jusqu'à se soumettre dans tous les cas et aveuglement à sa décision.—La cour doit exercer sa discrétion et nous sommes d'avis que dans l'espèce, la Cour Inférieure et cette cour ont juridiction sur l'appréciation du jury.

En second lieu, la cour est unanime à déclarer : qu'en examinant l'enquête qui a eu lieu devant les jurés, elle est d'opinion que, la preuve des allégués de la déclaration du Demandeur est parfaite ; et en conséquence elle met le verdict du jury de côté et ordonne qu'il soit procédé à un nouveau procès. L'Intimé a prétendu que la preuve est contradictoire, mais nous trouvons que les témoins prouvent tous la même accusation, quoiqu'ils ne répètent pas les mêmes expressions.

Duval, J. Je diffère de la majorité de la cour ; car je considère que si le verdict eut été rendu pour un chelin de dommages, on ne l'aurait pas anéanti ; en sorte que dans l'espèce il est inutile de le mettre de côté maintenant.

Sir L. H. Lafontaine Bart., Juge en Chef : Le résumé des débats que le juge de la Cour Inférieure a fait aux jurés, ne nous ayant pas été transmis ; il est impossible de dire s'il y a eu erreur sur ce point.

Le jugement est en ces termes : " La Cour * * * * * *

1o. Considérant que les discours et propos attribués à l'Intimé et dont se plaint l'Appelant en son action, sont d'une nature injurieuse et propre à nuire au caractère et à la réputation du dit Appelant et forment partant un légitime sujet d'action en réparation civile.—2o. Considérant que d'après la preuve faite devant le jury auquel a été soumis le litige, telle que rapportée à la cour et certifiée par le juge qui a présidé au procès, il résulte que les faits injurieux ont été proférés, tenus et répétés en la manière et au temps allégués en la dite action par le Défendeur Intimé, ce, sans justification légale, ni alléguée, ni prouvée.—3o. Considérant que le dit jury a répondu négativement à toutes les questions qui lui ont été soumises comme telles qu'il avait à résoudre tandis que, suivant la dite preuve, les réponses auraient dû être affirmatives et à l'avantage du Demandeur et qu'en cela le verdict rendu et les réponses données par le dit jury sont directement contraires à la preuve.—4o. Considérant que pour ces raisons,

(1) La loi n'exige pas que le résumé soit écrit, elle ne parle que des témoignages. 14 & 15 Vict., chap. 89. Sect. 4 § 10.

(2) Vide 14 & 15 Vict., chap. 89.

Beaudry v. Papin.

la Cour-Inférieure a mal jugé en rejetant la motion faite par l'Appelant le dix-neuvième jour de septembre 1856, demandant à faire déclarer nuls les verdicts et réponses du dit jury et à faire ordonner un nouveau procès, aussi bien qu'en accordant la motion faite par le dit Intimé le vingt-septième jour du même mois, demandant que jugement fut rendu conformément au verdict et réponses du jury, et en déboutant en conséquence l'action du Demandeur et que partant il y a erreur dans les jugements dont est appel, savoir: les jugements rendus par la Cour Supérieure en la Cité de Montréal, l'un, en date du ving-cinquième jour de septembre 1856 et l'autre, en date du trente du même mois; INFIRME, casse et met au néant les susdits deux jugements, avec dépens, et cette cour procédant à juger comme aurait dû le faire la dite cour de première instance, accorde la motion faite par le dit Appelant le dix-neuvième jour de septembre 1856 et en conséquence adjuge et ordonne qu'un nouveau procès aura lieu pour juger le litige en la dite cause suivant la loi et la pratique de la dite cour, et que l'Intimé paie les frais de cet appel"

Ouimet, Morin et Marchand, Procureurs de l'Appelant.

P. R. Lafrenaye, Procureur de l'Intimé.

Jugement renversé.

(P. R. L.)

EN APPEL.

DU DISTRICT DE QUEBEC.

MONTRÉAL, 12 MARS, 1857.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE Bart., J. en Chef, AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

No. 20.

JOHNSTON, (*Opposants en Cour Inférieure.*)
Appelants.

ET

BONNER, (*Demandeur en Cour Inférieure.*)
Intimé.

DEUX LOCATEURS—PRIVILEGE DU PREMIER.

Jugé;—que le locateur primitif pour conserver son privilège à l'encontre d'un second locateur, sur les meubles de son locataire saisis-gagés à sa requête, doit les faire saisir-exécuter dedans le délai de deux mois après le Jugement validant sa Saisie-Gagerie.

Le jugement de la Cour Supérieure à Québec, avait déclaré que le premier locateur n'avait point perdu son privilège quoiqu'il n'eut fait saisir-exécuter les meubles de son locataire dans les lieux loués par le second locateur que 8 mois après le Jugement validant sa Saisie-Gagerie. (1) Le jugement validant la Saisie-Gagerie fut rendu le 16 Septembre 1854.—Ce ne fut que le 24 Mai 1855 que les meubles saisis-gagés; furent saisis-exécutés dans les prémisses que le locataire Hamilton avait louées le 1er Mai 1855.

(1) Le jugement rendu par la Cour Inférieure en cette cause, est rapporté au No. 1 du 6e Volume des Décisions des Tribunaux du Bas-Canada page 42.

Une décision semblable à celle rendue à Québec se trouve à la page 30 du "Law Reporter." Taverner, v. Bonneville et DeChantal, Oppt.

SIR L. H. LAFONTAINE *Baronnet, Juye en Chef.* La Cour Supérieure a Québec a été d'opinion que le premier locateur n'avait pas perdu son privilège. Nous sommes d'une opinion contraire et nous déclarons, que l'article 172 de la Coutume de Paris s'applique même lorsqu'il n'y a eu aucune Opposition. En référant aux anciens et nouveaux auteurs, il est facile de se convaincre que le privilège du second locateur doit passer avant celui du premier locateur, si ce dernier a laissé écouler plus de deux mois depuis la date du Jugement validant sa Saisie-Gagerie, sans faire saisir-executer les meubles de son locataire. Duplessis p.p. 619 et 624 sur l'art: 172. Grand Com: de Ferrière 2 Vol: sur l'art: 171 page 1281, No. 5.

Bioche Dict: de proc: vbo: Saisie-Gagerie, No. 32. (1) En Canada, la formalité du récolement a été nécessairement abandonnée, par suite de l'émanation du Writ *de Bonis* qui exige une procédure différente.

Ce n'est pas la première fois que cette question est décidée dans le sens que nous l'envisageons. Il suffit de citer entre autres causes, celle de l'Hotel Dieu vs. Power jugée en 1835 à Québec et en appel le 17 Novembre 1835.

Le jugement de la cour est comme suit: La cour après avoir entendu l'Appelante par ses Avocats, *Exparte*, l'Intimé n'ayant pas contesté l'appel, examiné le dossier de la procédure en Cour de première instance, les griefs d'Appel produits par la dite Appelante, et sur le tout mûrement délibéré:—1o. Considérant que la Saisie-Gagerie dont il s'agit en cette cause, a eu lieu le 13 Août 1853; que le Jugement qui a validé cette Saisie a été rendu le 16 Septembre 1854; que le dit Jugement a eu l'effet de convertir la dite Saisie-Gagerie en Saisie-Exécution; que, par conséquent, l'éxécutant John Bonner, pour jouir du bénéfice de la dite Saisie-Gagerie, était tenu de faire vendre les meubles saisis-gagés, dans les deux mois qui ont suivi le dit Jugement, ce que néanmoins il a omis de faire;—2o. Considérant que les meubles qui ont été vendus à la poursuite du dit John Bonner et qui avaient été par lui saisis-gagés, comme susdit, avaient été longtemps avant la dite vente, savoir le ou vers le 1er Mai 1855, transportés dans la maison que l'Opposante avait louée au dit Défendeur John Hamillton; qu'il n'y a pas eu de Saisie-Gagerie des susdits meubles par droit de suite de la part du dit John Bonner, dans les huit jours qui ont suivi ce transport; (2) que dans ces circonstances, l'Opposante était bien fondée à faire valoir son privilège à l'encontre du dit John Bonner,—3o. Considérant, par conséquent, que dans le Jugement dont est appel, et qui déboute l'Opposante de sa contestation du rapport de distribution, il y a mal jugé:—Infirme le susdit Jugement, savoir, le Jugement rendu le 17 Octobre dernier, par la Cour Supérieure, siégeant à Québec; Et cette Cour, procédant à rendre le Jugement que la dite Cour de première Instance aurait dû rendre, maintient la contestation faite par la dite Appelante quant aux 4ème et 5ème articles du rapport de distribution produit le 29 Mai 1856, et ce faisant, ordonne et adjuge: que le rapport de distribution produit en cette cause soit réformé quant aux dits 4 et 5 articles d'icelui, en colloquant la dite Ann Johnston, au lieu et

(1) Cet auteur fait voir que le Jugement doit être suivi d'un récolement dans les délais pour conserver le privilège du locateur.

(2) L'éxercice de ce droit de suite aurait modifié la question du privilège.

Johnston v. Bonner.

place du dit John Bonner, et par préférence à ce dernier, au montant des sommes par elle réclamées par ses oppositions tant pour loyer que pour dommages causés à la maison et dépendances qu'occupait le dit John Hamilton, et dépens de ses dites oppositions, suivant la suffisance des deniers, pour, sur le rapport de distribution ainsi amendé, être fait et ordonné ce que de droit. Et la Cour condamne le dit John Bonner aux dépens encourus par la dite Appelante tant en Cour de première Instance que sur le présent Appel.

Holt et Irvine, Avocats de l'Appelante.

Jugement renversé.

(P. R. L.)

EN APPEL.

MONTREAL LE 13 MARS 1857.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE, Bart. J. en Chef, AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

No. 150.

FOURNIER, (*Opposante en Cour Inférieure.*)
Appelante.

ET

GRACE RUSSEL, (*Demanderesse en Cour Inférieure,*)
Intimée.

Jugé, 1o. Que l'Affidavit au bas d'une opposition afin d'annuler, constatant que les faits contenus en icelle sont vrais, au meilleur de la connaissance de l'Opposant, est suffisant ; 2o. qu'une opposition afin d'annuler peut être reçue à l'encontre d'un bref de *venditioni exponas*, dans certaines circonstances spéciales.

L'intimée ayant fait émaner un bref de *venditioni exponas* contre l'Appelante (Défenderesse en Cour Inférieure) celle-ci produisit son opposition afin d'annuler à l'encontre du bref, par laquelle opposition elle allègue, en substance, que le dit bref n'a été ordonné par aucune cour et qu'elle n'a eu aucun avis de cet ordre, que l'Opposante s'oppose à ce que les immeubles saisis soient vendus dans l'ordre qu'ils ont été saisis, mais qu'ils doivent l'être dans l'ordre que l'Opposante indique, et qu'elle a droit de forcer le shérif à suivre cet ordre, que les annonces de vente n'ont pas été faites dans la Gazette Officielle (The Canada Gazette) et que c'est la seule gazette que la cour peut connaître ; que deplus l'Opposante, par l'entremise de son agent a payé à l'agent de l'Intimée diverses sommes d'argent qui réduisent considérablement sa créance et elle réfère à un état écrit de la main du dit agent de l'Intimée démontrant en effet qu'il ne reste plus dû qu'une balance bien inférieure au montant porté au bref de *venditioni exponas*.

L'Opposante a produit son affidavit au bas de la dite opposition, par laquelle elle jure " que tous les faits mentionnés en l'opposition sont vrais au meilleur " de sa connaissance." &c.

Un ordre ou *Sursis* d'un des juges ayant été accordé, et signé, la vente fut suspendue.

L'Intimé (Demanderessé en Cour Supérieure) fit motion que la dite opposition fut rejetée, pour deux raisons.

1o. Parce que l'affidavit n'était pas suivant les termes portés dans les règles de pratique de la Cour Supérieure. 2o. Parcequ'aucune opposition ne peut être reçue à l'encontre d'un bref de *venditioni exponas*.

Cet motion ayant été accordée par la Cour Supérieure, l'Opposante en appela et le jugement de la Cour Supérieure du 25 février 1856 fut infirmé.

Le Factum de l'Appelante expose les faits sus-énoncés.

Aylwin, J., différant d'opinion. Il dit que l'affidavit n'était pas dans la forme voulue par les règles de pratique de la Cour Supérieure, et l'Opposante ne jurant qu'*au meilleur de sa connaissance*, il ne pouvait recevoir un tel affidavit, car il n'est pas suffisant de jurer seulement *au meilleur de sa connaissance* :—Que l'Opposante mentionné qu'elle avait un agent, sans en donner le nom, et que l'on pouvait croire que telle opposition n'était faite que pour retarder la vente injustement.

Caron, J., En prononçant le jugement de la cour dit : Que l'Opposante ayant juré *au meilleur de sa connaissance* cela était suffisant, et qu'il ne fallait pas s'attacher aux formes indiquées dans les règles de pratique, du moment que par des termes analogues, on parvenait au même but, que l'Opposante allègue dans son opposition avoir payé à l'agent de l'Intimée, diverses sommes d'argent, dont il ne lui est pas tenu compte, et elle produit un état de créance préparé, dit-elle, par l'agent de la dite Intimée ; que quoique le statut 41, Geo. 3, chap. 7, Sec. 11e prohibe les oppositions à l'encontre des *venditioni exponas*, néanmoins la cour doit interpréter favorablement l'intention du législateur, et ne pas priver la partie d'un droit qu'elle réclame, en effet l'Appelante allègue dans son opposition avoir payé des sommes considérables à l'agent de l'Intimée, et si c'est le cas, l'Appelante qui n'est que Tutrice à ses enfans mineurs, serait donc forcée de payer deux fois, et ses pupilles se trouveraient privées d'autant ; ainsi il n'est pas juste de priver l'Appelante de l'avantage de faire la preuve des paiements qu'elle allègue, et si elle en fait preuve, il est certain que le *venditioni exponas* ne pourra tenir ; quant aux autres questions soulevées par l'opposition, la cour ne croit pas devoir s'y attacher, car celles qui viennent d'être mentionnées sont suffisantes pour admettre le droit d'opposition.

Sir L. H. Lafontaine, Bart. Juge en Chef ; dit : que l'opposition allègue que l'agent de l'Opposante a indiqué à l'agent de l'Intimée quelles étaient les propriétés qu'il fallait vendre, et que cette indication ne paraissait pas avoir été acceptée, il n'y a rien dans la loi qui puisse forcer le shérif à accepter et à s'en rapporter à cette indication, mais il est certain que cet allégué n'est pas sans fondement, car le débiteur a intérêt à ce que les propriétés saisies ne soient vendues que dans l'ordre que le débiteur indique, car telle propriété pourrait rapporter le montant de la dette, mais c'est une question laissée à la législature et il serait désirable que ce point fut réglé.

Le jugement est comme suit :—

La cour &c. " Considérant que l'affidavit accompagnant l'opposition de l'Appelante, est légal et suffisant ;

Considérant que dans certains cas particuliers et sous des circonstances spéciales, il est loisible et nécessaire de faire exception à la règle prohibant la pro-

Fournier v. Grace-Russel.

duction, sur writs de *venditioni exponas*, d'opposition à l'effet d'arrêter les ventes d'immeubles, annoncées en vertu de tels writs ;

Considérant que les paiements et déductions à faire, tels qu'allégués par l'Appelante en son opposition, s'ils étaient prouvés, réduiraient le montant du jugement contr'elle de la somme de £2471 4s. 8d., pour laquelle il a été originairement rendu, à celle de £1577, 14s. 8d., pour laquelle, au susdit cas de preuve, la vente devrait être faite seulement, et que pour cette raison, l'Appelante aurait dû avoir son jour pour établir les dits paiements et déductions, ce qui cependant lui a été refusé par le jugement dont est appel, et que partant sous ce rapport la cour a mal jugé, casse, annulle et met au néant le susdit jugement, savoir : celui rendu par la Cour Supérieure siégeant à Montréal le 25 février 1856, avec dépens et la cour procédant à rendre le jugement qu'aurait dû rendre la dite cour, déboute et rejette la motion faite de la part de la dite Grace Russell, Intimée, le 18 février, 1856, tendante à faire renvoyer, pour les raisons y contenues, l'opposition de la dite Julie Fournier, Appelante, maintient la dite opposition &c."

Ouimet, Morin et Marchand, Procureurs de l'Appelante.

A. et G. Robertson, Procureurs de l'Intimée.

Jugement infirmé.

(G. O.)

MONTREAL, 23th FEBRUARY, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

No. 2722.

Mullins v. *Miller et al., and McDonald et al. Opposants.*

Held that when two separate copartnership concerns associate themselves together as a composite firm, it is not in the power of one member of such composite firm to retire and substitute another in his place, without the consent of each individual copartner; and that a Judgment rendered against the composite firm under such circumstances is null, *quoad* the non-assenting copartners.

This was an opposition *à Jugement*, fyled by the opposants, on the ground that the Judgment on which Execution had issued had been obtained by fraud and surprise.

The facts of the case were as follows: In 1844, the two firms of Wm. Miller & Co., at Montreal, (composed of Wm. & Thomas Miller,) and of McDonald & Logans, at Quebec, composed of Angus McDonald, John and Alexander Logan,) and the several copartners of each firm formed a composite copartnership, to be carried on at Montreal and Quebec by the respective partners at each place, under the particular firm names then existing; £6000 was to be brought in by each firm, and the firms as well as the individual partners were prohibited from entering into any other business until the lapse of 10 years agreed upon should have arrived; and the agreement contained formal stipulations in respect of the retirement and death of any of the partners. After a period of two or three years, one of the Logans withdrew, when it was considered necessary under the terms of the original agreement to make amongst the partners a formal deed to settle the mode of his retirement, and the arrangement and liquidation of his partnership share, the remaining partners agreeing that the composite copartnership should continue as before. The retirement of the partner and the continuance in the copartnership of the others was then formally registered by Certificate according to the terms of the law. In 1850, William Miller withdrew from the Montreal Branch, and his retirement was certified by himself and Thomas Miller at Montreal and Quebec, at the Prothonotary's office, and also at the Registry office at Portneuf, and advertised in the Canada Gazette, whilst by deed, between William and Thomas Miller and one Buntin, William assigned to Buntin all his interest in the firm of William Miller & Co., for a consideration expressed in the deed. McDonald & Logan were in no ways parties to this deed, nor was there any proof of record that they had been applied to or informed of the intentions of the Millers and Buntin. The Millers and Buntin, however, registered their certificate at Montreal and also published the new partnership in the Canada Gazette, shortly after the date of the deed. This occurred in 1851. In November, 1853, Thomas Miller made certain Promissory Notes, amounting to £5000 and upwards, in the name of William Miller & Co., in favor of William Miller, who endorsed them, without recourse to the plaintiff Mullins, a nephew by marriage of Thomas Miller, and who was alleged by the opposants to have received them without any consideration. No intimation of this large in debtedness was proved to have been communicated to McDonald & Logan, and when the

Mullins v. Miller et al., & McDonald et al.

notes fell due, an action was instituted by Mullins, in whose hands they were, against Thomas Miller, Buntin, and McDonald & Logan, as trading together under the firm of William Miller & Co., at Montreal. The suit was brought in Montreal, and served upon Thomas Miller. No intimation was given to or service made on McDonald & Logan. Thomas Miller allowed Judgment to go by default, upon which a Writ of Execution issued in due course against McDonald & Logan at Quebec, in consequence whereof the present opposition was fyled.

Day, J. (*dissentiens.*) The question in this case turns upon the sufficiency of the service of process in the original cause. The process was served upon Thomas Miller, a member of the firm of William Miller & Co., at their office in Montreal, as being a copartner of the opposants. If that service were valid, the opposants were properly impleaded, and the grounds of defence of the plaintiff's action against them cannot be gone into again.

The sufficiency of the service depends upon the existence, at the time, of a copartnership between the opposants and the firm of William Miller & Co.

On reference to the Deed of Copartnership it will be observed, that the partnership was not between individuals but between firms; and it appears to me from the terms of the Deed to have been clearly intended, that so long as the stipulated capital remained, and there was no change in the management of the copartnership business, the individual members of either firm might be changed, without the formal consent of the copartners in the other firm. Consequently, the retirement of William Miller and the substitution of Buntin in his stead being in conformity with the nature and stipulation of the contract between the parties were quite legal, and such a step as the opposants could in no wise complain of. It may be added, that the retirement of William Miller and the substitution of Buntin were duly registered and published in the Official Gazette, in 1851, and no complaint or objection seems to have been made by the opposants, at any time before the termination of the copartnership by the lapse of time in 1854, more than two years afterwards, or indeed at any time before the fyling of their opposition. Under these circumstances, the service seems to me to have been legally made on Thomas Miller, and I am consequently of opinion that the present opposition should be dismissed.

Badgley, J. This is one of those cases that goes beyond the mere technicalities of practice, and must be governed very much by those principles of equity which ought at all times to prevail in cases of dispute between copartners. From the narrative of facts disclosed by the pleadings and evidence of Record, it is manifest, that the first intimation to the McDonalds either of the making of the notes or suing out of the action, was by the Sheriff's Officer at Quebec, who was directed in his proceedings on the spot by Thomas Miller whose anxiety led him to Quebec for the purpose. This circumstance was of itself sufficient to indicate, that some gross fraud was intended against the McDonalds, and a somewhat close examination of the evidence would demonstrate that fact. We are unwilling to allow presumptions to avail the plaintiff and Thomas Miller in this case, unless honest and just, because, assuming their intention against the McDonalds as established by their own acts, it was necessary for them to retrieve themselves from the imputation by facts and not by suppositions. It was evident from the proof of record that the plaintiff Mullins was only a *prête*

nom for Thomas Miller; the notes were given to him without consideration on his part, and without recourse against William Miller, and it would be the height of absurdity to suppose that a man who had little or no means of his own would accept, as a gift, the transfer of notes amounting to £5000 and upwards from his uncle, and drawn by him in the name of his firm, without being fully informed of the purpose; and it must be concluded, that the screen Mullins being removed, the chief actor Thomas Miller would appear as the party actually at issue with the firm of William Miller & Co., and particularly with the McDonalds, partners of that firm. William Miller said in his deposition that the notes were given for advances made by him to the firm after his retirement; that the advances were from funds at his credit in the Bank of Montreal; and that these funds came from the consideration money of Buntin's purchase of his interest in the concern. The testimony rendered was far from satisfactory as to the facts stated and the manner of stating them. It manifestly indicated an indisposition to a full explanation, whilst it plainly showed that the witness was not at his ease. We now reach the Judgment which made Thomas Miller, Buntin, and the two McDonald's partners in the firm of William Miller & Co., against which it was obtained. Now, it was asserted, that no such connexion existed, and in explanation of this point we must again go back to the original Deed. It must be borne in mind that William Miller had transferred all his interest in the copartnership to Buntin without consulting the McDonalds, but by reference to the deed it would be found that no change could take place in the composition of the firm without the consent of the whole firm, and there was a clause, whereby it was agreed that a fit and proper substitute was to be found if need be, to the end that the firm should suffer no detriment from the death or retirement of any member. Now, it appeared that the clause had reference to the composite copartnership, each member of such firm having an interest that a proper and fit person should represent the retiring partner, and this for the reason given in the deed, that the firm should suffer no detriment thereby. Now, as already stated, William Miller withdrew, fyled his certificate of withdrawal in Montreal, and assigned all his interest to Buntin: and Thomas Miller and Buntin together fyled their certificates in Montreal. The McDonalds had no part or lot in this transaction, and the deed by all considered necessary upon the withdrawal of one of the McDonalds, was not deemed so in this matter, but Buntin was thrust into the concern as a fit and proper person so considered by Messrs. William and Thomas Miller without any consideration for the partners in Quebec. It has been said that the firms only were joined and not the individual partners, and that the common law principle of selection and consent to admission did not apply, but on reference to the Deed it would be found that the firms and the individual partners were copartners in the composite firm; it was in fact one root with two branches. Who under the circumstances was to judge of the fitness and propriety of the person to be intr duced into the joint concern, to participate in the joint profits, and to advise in the direction of the joint management? Surely all the parties to the original agreement who alone had an interest in the matter. Buntin may have been a partner with Thomas Miller, but he was manifestly no partner with

Mullins v. Miller et al., & McDonald et al.

the McDonalds; he might have participated in Thomas Miller's fortunes in the concern, and represented William Miller's profit and loss account so far as the result might be shown between him and William Miller, but he was in no way a partner in William Miller & Co., composed of Miller and the McDonalds, and the Judgment against them as copartners including him as one was a Judgment against no existing copartnership in which the McDonalds were partners. But it was said that the McDonalds should have set this up pending the suit and that the service upon the known firm was a good service upon them, and that their silence gave binding effect to the Judgment. The circumstances above adverted to plainly show the entire and studied ignorance in which the McDonalds were kept of the entire transaction. They showed that Mullins was merely a *prête nom;* that Thomas Miller was really the Plaintiff and conductor of the whole affair; that Mullins as participator in the transaction must not be considered as the real Plaintiff, and that the equity of law in copartnership matters which, while it subjected copartners to the honesty and fidelity of their partners and the abounding good faith of all their transactions together, at the same time protected them from the fraudulent intentions of those in whose fidelity they were compelled to trust. Thomas Miller was the Plaintiff in this cause; he drew the notes, received the service of summons, prosecuted them to Judgment and enforced them by *Saisie Arrêt* and Execution against his copartners. In such a case was the law of service observed and obeyed? In such a case the McDonalds had a rightful and legal claim to be notified of the process. This was denied to them, and the only recourse under all the circumstances of the case was that which they had adopted. The majority of the Court considered them well before the Court and thought that the law had righteously granted them that protection which their Copartner had attempted to prevent.

Opposition maintained.

S. W. Dorman, Attorney for Plaintiff.
Andrew Robertson, Counsel.
Henry Stuart, Attorney for Opposants.
(S. B.)

MONTREAL, 28th FEBRUARY, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., BADGLEY, J.

No. 1529.

Henshaw v. *Dyde.*

1. An agreement by a person, not a Member of Parliament, not to use his influence in opposition to the passage in Parliament of a public law, is not against public policy, and is a valid consideration for a contract to pay money.
2. An agreement to cease acting as Inspector of Ashes, and to close an Inspection of Ashes store in Montreal, is a valuable consideration sufficient to support a contract to pay money: though under the Statute 18th Victoria, Cap. XI, the party agreeing to do so, had no legal right either to act as Inspector or have an inspection store.

This was an action commenced by a declaration, setting up that on the 16th May, 1855, it was agreed between the Plaintiff, who is stated to have then been an Inspector of Pot and Pearl Ashes, and the defendant, Inspector of Pot and

Pearl Ashes, of Montreal, that from thenceforth and so long as an Act intituled—*An Act to regulate the Inspection of Pot and Pearl ashes*, 18*th Vic. cap.* 11, and a Bill then before the Legislature intituled—*An Act to regulate the Inspection of Pot and Pearl ashes*, since passed into law as the 18th Vic., cap. 95, but in any event for the period of three years from that date, the plaintiff should cease to act or carry on business directly or indirectly in his own name or otherwise as an Inspector or Packer of Pot and Pearl ashes, and that he would forthwith close his Inspection store in Montreal for the purposes of an Inspection store, and should cease to interfere directly or indirectly with the Defendant's business as Inspector; in consideration of all which, and in further consideration that the Plaintiff should not endeavour to prevent the passing of the said Act 18th Vic., cap. 95, that Dyde promised to pay Henshaw £50 on the first day of June then next; £50 on the first day of December then next; £50 on the first day of *June*, 1856; a like sum on the first day of *December*, of the same year; and the balance on the first day of *June*, 1857. That in pursuance of this agreement, an act or contract *sous seing privé* was signed and executed by the Plaintiff and Defendant at Quebec, on the day and year first mentioned, whereby the Plaintiff and Defendant "agreed and covenanted as hereinbefore set forth," and which was signed by Defendant for himself, and as taking upon himself the quality of attorney for James E. Major. That Major refused to ratify the contract and to be responsible for the said act of Defendant. That in consideration of the premises, Plaintiff withdrew his opposition to the said Bill and closed his store as agreed, and ceased to act as Inspector of ashes; but that Defendant refused to pay second instalment due 1st December, 1855.

The Defendant pleaded FIRSTLY:—That the contract alleged was illegal and void and without consideration, because the Plaintiff pretending to have influence with members of the Legislature, had represented to the Defendant that he could and would prevent the said Bill from passing by his personal influence; and that he would abstain from doing so and would cease to act as Inspector of ashes at Montreal, if Defendant would pay him £300. That Defendant believing the said representation, did sign the agreement produced by Plaintiff; but that the Plaintiff never was an Inspector of ashes; that he had illegally usurped that office, contrary to the provisions of the 18th Vic., cap. 11, to which he had never conformed himself, and had no right to act as Inspector or have an Inspection store at Montreal. That Plaintiff had no right to stipulate for money for abstaining to use his personal influence to prevent the passing of a Public Statute, and that such a stipulation was an illegal consideration for a contract; and that he had no right to stipulate for money for not exercising a business which it was illegal for him to exercise. That the contract in question, therefore, was partly without consideration and partly for an illegal consideration, and should be declared inoperative and null, and the action dismissed.

SECONDLY:—That the Plaintiff had continued both directly and indirectly to exercise the office of Inspector of ashes at Montreal, and to interfere with the Defendant's business of Inspector.

And THIRDLY:—The general issue.

Henshaw v. Dyde.

As evidence in the case, the Plaintiff produced a document purporting to be executed by "John Dyde and Major, parties of the first part," and the Plaintiff of the second part, but in other respects agreeing with the contract set up in the declaration, except that the entire titles of the Acts referred to, and the dates of the last three payments (comprising the words hereinbefore printed in Italics) were blank; and it was signed by John Dyde, Jas. E. Major per John Dyde, and by the Plaintiff.

The parties admitted that this document was signed by the Plaintiff and Defendant at Quebec on the day it bore date, but no other evidence was adduced on the part of the Plaintiff.

The Defendant proved by one witness that the Plaintiff since the date of the agreement had examined into the quality of 23 barrels of Pearl ashes for one Stockwell; and also proved by two witnesses that he had bought 7 barrels of ashes from McDonald uninspected, for which he paid half the price of inspection over the market rate for ashes; professedly for the purpose of avoiding Inspection fees. And it was admitted by Plaintiff that he was not an Inspector of ashes appointed under 18th Vic., cap 10, and that a part of the consideration of agreement was that Plaintiff should abstain from opposing the 18th Vic., cap. 95.

Mack for Plaintiff:

The Statute 18th Vic., cap. 11, did not make it penal to exercise, nor forbid the exercising of, the office of Inspector of ashes; and, therefore, the Plaintiff had a perfect right to exercise it, or to bargain for a payment of money in consideration of not doing so. That the Bill 18th Vic., cap. 95, in reality directly interfered with the Plaintiff's means of livelihood for the Defendant's benefit; and that he was clearly entitled to oppose it, and if he did not do so, to receive a compensation for abstaining. That the evidence of record did not legally establish any actual act of Inspection by the Plaintiff subsequent to the execution of the agreement: the only fact proved being the payment by the Defendant of a larger price for uninspected ashes than the current market rate; and that such payment did not constitute any interference with the defendant's business as Inspector of ashes.

Abbott for Defendant:

The contract in question, supposing it to be proved, which is not the case, was partly based upon a consideration which was illegal as being against public policy, and the whole contract was, therefore, void: for if any portion of the consideration of a contract be illegal, the whole contract is null, and will not be enforced in any respect.—Story on Contracts, § 482; Waite *v.* Jones, 1 Bing, N.C., 662; Scott *v.* Gilmore, 3 Taunton, 226; Shackell *v.* Rozier, 2 Bing, N.C., 646.

That portion of the consideration of the contract which consists in the Plaintiff agreeing to abstain from opposing the passing of a public law of this Province, made for the benefit of trade generally, is illegal as against public policy.—Story on Contracts, § 546, 548; 2 Maddock's Rep., 356; Smith on Contracts, p. 125, Note 1; 6 Dana's Rep., 366; 6 Toullier, No. 181.

In Pingry *v.* Washburn, an action for Tolls by a private corporation, the defendant pleaded and offered to prove that in consideration of his not opposing their Act of Incorporation, they agreed to let him pass their gate toll-free, but both the Court below and the Supreme Court of Vermont in appeal held the agreement void as against public policy, Skinner, C.J., in rendering judgment, saying: "that such a contract is against sound policy, prejudicial to correct and "just legislation, and of course void, is not to be questioned."—1 Aiken's Rep. 264. In Chippinger *v.* Hepbaugh 5 Watts & Serg., 315, the subject received a full discussion both in the Court below and in the Supreme Court of Pennsylvania. In the Court below a distinction was taken between withdrawing opposition to a *private* Bill and a public one. But in the Supreme Court, Rogers, J. delivering the opinion of the Court said: "This attempt (to obtain compensa- "tion for furthering the passing of a private bill under a written contract to pay "if it passed,) is but the entering wedge, and it is impossible to foretell the train "of evils of which it may be the prolific parent. * * Its pernicious tendency "(the recognizing personal interest as an element in legislative action) seems to "be admitted as to public Bills, but a distinction is taken between them and pri- "vate Bills. That the latter may not prove as pernicious as the former, (of "which by the bye I am by no means satisfied,) may be conceded without dan- "ger to the argument, but the principle, with which alone we have to do, is the "same. * * We are clearly of opinion that it would be against sound policy "to sanction such a practice. It is not required that it tends to corruption; if "it tends to mislead, it is decisive against the claim, and that such is its ten- "dency, no human being can reasonably doubt." The authority of the case from 2 Maddocks was there discussed and admitted on the special grounds that the bill then in question was purely a private bill, and the money was agreed upon as a *compensation* for the positive injury which the plaintiffs, a trading Company, would inflict on the defendant under its provisions. (*)

The 18th Vic., cap. 95, is not a private but essentially a public Bill, and one for the protection of the trade of the country. Its effect was to enforce the provisions of a former public act which the plaintiff was then infringing, and which by the contract in question he was to be paid for ceasing to infringe. It cannot be said that the money in question was a compensation to the plaintiff for the loss caused to his business, by making that penal which was then actually illegal.

Again, the plaintiff's right to oppose the Bill affords no criterion of his right to take money for abstaining from opposing it; for there are many things a man may legally do or omit doing which he cannot enforce payment for doing or not doing. Marrying or not marrying, voting at elections or not voting, abstaining from bidding at an auction, are familiar instances of perfect freedom of action, in none of which could a money compensation for action or inaction be recovered.

(*) These two cases from Aiken and Watts & Sergeant were not cited at length in the argument, but were afterwards procured from the United States and sent up to the Judges.

Henshaw v. Dyde.

But if the abstaining from opposing the Bill were not illegal, it would not be a valuable consideration to support a contract, because the action or inaction of the plaintiff could not be recognized by the Court as having any effect upon the passage by the Legislature of a public law; and, therefore could not be considered of any value: nor could the only other consideration support the contract; for it consisted solely in closing the plaintiff's store *as an Inspection store*, and ceasing to inspect; both of which the plaintiff ought to have done immediately on the passing of the 18th Victoria, chapter 11; for, inspecting ashes and keeping an inspection store were clearly illegal under that act.—Story on Contracts, 462; Nerot *v.* Wallace, 3 Term Rep. 17, per Lord Kenyon.

But the contract is not proved as alleged, there being several material points in which the document produced varies from it.

For instance, the agreement produced purports to be between the defendant and one Major of the one part, and the plaintiff of the other; and there is nothing of record to show that the Deed was not validly executed on behalf of Major.

The act mentioned in the declaration as being in question, is not mentioned in the document; nor is the Bill respecting which the contract is alleged to have been made. These are both essential matters, upon which the contract alleged in a great measure turns, and no proof is made to supply these defects.

But in any case, the plaintiff could only recover half the sum sought. The agreement did not purport to be joint and several by Dyde and Major, and as no proof had been offered that Major had repudiated the deed, Dyde could only be made liable for his share of the debt.

Again, a breach of the agreement has been proved; for paying a considerably higher price for uninspected ashes than the market rate professedly for the purpose of preventing them from going to the regular Inspectors, is certainly an indirect, if not a positive and direct interference with the plaintiff's business as Inspector. In this lies the motive for the defence; for if the contract had been carried out in good faith, there would probably have been no difficulty about payment.

Day, J. The defence in this case turns upon two points. 1. That the agreement by the plaintiff to withdraw his opposition to a Bill before Parliament is illegal as against public policy; and 2. That the only remaining consideration for the agreement is without appreciable value. The Court is with the plaintiff upon both these points; and considers that the facts disclosed of record do not bring the agreement within any provision of the law, which would avoid it as against public policy. In my opinion, the parties could certainly make the contract in question. As to the objection that the remainder of the consideration is without value, the Court is of opinion, that the agreement to close the plaintiff's business which he was carrying on in opposition to the defendant for a definite length of time, forms a valuable consideration, sufficient to support a contract of the kind now in question.

Smith, J. I am of opinion that the defendant is without any valid pretensions in support of his plea. There is a wide distinction between a contract illegal at Common Law, and a contract illegal under a Statute.—Comyn's dig. Vo. Contract.

Badgley J. The objection is that the contract is based upon two considerations; that one of them is illegal and that its taint affects the whole contract, the tainted portion being against public policy.

This question of illegality lies at the bottom of the matter; and the proposition may be placed as follows: that the taking of money for forbearing to oppose a bill before Parliament is illegal as being opposed to public policy.

When a contract is said to be void "as opposed to public policy," reference is made to that principle of law, in accordance with which no subject can lawfully do that which has a tendency to be injurious to the public, or against the public good; which may be termed, as it sometimes has been, the policy of the law or public policy, in relation to the administration of the law, per Lord Truro as reported in Egerton vs. earl Brownlow, 4 H. L. cases 196, where the meaning of the term was much discussed. Baron Parke observes, "public policy" is a vague and unsatisfactory term and calculated to lead to uncertainty when applied to the decision of legal rights; it is capable of being understood in different senses, it may and does mean in its ordinary sense, political expedience or that which is but for the common good of the community, and in that sense there may be every variety of opinion according to the education, habits, talents and dispositions of each person who is to decide whether an act is against public policy or not. To allow this to be a ground of judicial decision would lead to the greatest uncertainty and confusion.

The doctrine of the public good or the public safety, or what is sometimes called public policy, as remarked by C. B. Pollock, being the foundation of law, is supported by decisions in every branch of the law, and an unlimited number of cases may be cited as directly and distinctly deciding upon contracts and covenants on the avowed broad ground of the public good and on that alone. This doctrine is referred to by Sir E. Coke under the maxim *nihil quod est inconveniens est licitum.*

However, *prima facie*, all persons are free to make such contracts as they please, and are morally and legally bound by them, provided they adopt the formalities required by law. But yet contracts have been deemed in many cases both illegal and void as opposed to public policy. Without multiplying instances of contracts which are opposed to public policy, it may be said in the words of Lord Ellenborough that "whenever the tolerating of any species of contract has a tendency to produce a public mischief or inconvenience, such a contract has been held to be void, as contracts for compromising felonies, or misdemeanors, in restraint of trade and the like. The public good is therefore the touch stone of all these contracts, and it is perfectly settled that when the contract which the Plaintiff seeks to enforce, be it express or implied, is expressly, or by implication forbidden by the common or statute law, no court will lend its assistance to give it effect, and the effect of the principle as applied to the consideration of contracts is thus laid down in Story on Contracts. "Where there "are two considerations one of which is illegal or fraudulent, the contract is "void." Although the other consideration be good, the whole is vitiated. This effect would not follow where one consideration is merely void. In that case it may be supported by the residue of the consideration, if it be good *per se* and of worth. Addison, p. 122.

Henshaw. v. Dyde.

The learned Judge here stated the contract and the situation of the parties as alleged in the declaration.

It is said that this is against public policy and classes with the cases of taking money to compound felonies, to stop prosecution, and is placed in the same category with the case of taking money to abandon a petition against a member of Parliament for bribery; as in the case of Coppock vs. Bowen 4. M. and W. p. 365-6-7, where the agreement was held illegal, said Lord Abinger, because the proceeding was instituted not for the benefit of individuals but of the public, and the only interest which the law recognizes is that of the public. The petitioner may abandon his petition, but he must take no money for it as a means and with the effect of depriving the public of the benefit which would result from the investigation if continued. Lord A. continued:—"It "seems to me as unlawful to do so, as it would be to take money to stop a "prosecution for crime. The penalty of bribery imposed upon the member is "imposed for the public benefit."

So also Story § 576 says, that when a person, occupying office, agrees for a reward to exercise his official influence on questions affecting both public and private rights so as to bring about the private advantage of persons interested, the contract would be void. For every public officer is bound to be disinterested in the consideration of all public questions, and every contract which interferes with the free and unbiassed exercise of his judgment in relation to a question of public trust or confidence reposed in him, is against public policy and good morals. See case of Lord Howden vs. Simpson, 10 Adol. and Ellis p. 821—which was the case of a member of Parliament, who in consideration of £5000, agreed to withdraw his opposition to a Railway Bill in which it was decided that whenever a member of Parliament has a personal interest in the subject matter of a question before Parliament, he may agree to withdraw all opposition thereto, growing out of his private (not public) interest upon a consideration provided it be not secret nor a fraud on any one, but open. See also Vauxhall Bridge Co., vs. Earl Spenser, 2 Madd. R. 356; Smith on contracts p. 122—5, Note 1.

The test therefore is the public interest as is shown in Fishmonger's Co., vs. Robinson, 5 Manning & Granger R. p. 106, a case of an agreement by Defendants as Petitioners to the House of Commons for a Bill for draining lands in Ireland, and which was opposed by Plaintiffs. By the effect of an agreement between the parties, Plaintiffs withdrew all opposition to the Bill for a consideration agreed to be paid, and it was said *arguendo*, as an objection that the agreement was illegal, that where part of the consideration is illegal, promises founded thereon connot be enforced, and that the act of Parliament in respect of which the agreement was made is a public act, affecting the crown, and the rights of the subject and therefore an agreement to take money for abstaining from opposing such, is an illegal act as being contrary to public policy and is therefore void—*sed per* Cresswell J. Why is it illegal to take money to do something for the benefit of the public. This measure is stated to be so in the act of Parliament itself.—And *per* Tindal Ch. J., this is not like an act regulating the state of the nation, it is made public for judicial purposes. See

also case of Birmingham R. Co., vs. London & N. W. 17 Adolp. and Ellis p. 660 seq. This also was a withdrawal of opposition to a Bill. Per Lord Campbell, Is there anything in the agreement by which the public suffers? If you shewed that the agreement contravenes the statute, it would be different. The question is whether the contract is in violation of the intentions of the Legislature. The question then is (Ld. C. loquitur) whether the agreement is void at law. As it has been clearly stated that an agreement to withdraw opposition to a Railway Bill for a pecuniary or other consideration is not illegal, the agreement in question would only be void in case it was illegal upon other grounds, such as that it was injurious to and therefore in a legal sense a fraud upon the public.

However in the preamble of the Art. 18 Vict. Ch. 95, with reference to which the agreement, the subject matter of this suit, was made, the Legislature declares that it is expedient, &c., and therefore the agreement in question falls within the rule laid down by Lord Campbell and Cresswell J.

The main ground of objection to the legality of the consideration failing, the next point is to ascertain if the Plaintiff has carried out his contract in good faith. He closed his inspection store, but it is said that he continued his inspection in a different manner, and thereby contravened his agreement. The proof of that fact is not satisfactory; and as this objection also fails, I shall content myself with simply stating, that upon the record presented to us the judgment must be for the Plaintiff.

W. G. Mack, Attorney for Plaintiff.

Abbott & Baker, Attorneys for Defendant.

EDITORS NOTE.—The claim of the Plaintiff was afterwards compromised.

J. J. C. A.

IN APPEAL.

FROM THE DISTRICT OF QUEBEC.

MONTREAL, 10TH MARCH, 1857.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE, BART., C. J., AYLWIN, J., MONDELET, (C.,) J., SHORT, J.

No. 72.

FERGUSON, (*Plaintiff in the Court below,*)

Appellant,

AND

GILMOUR, (*Defendant in the Court below,*)

Respondent.

Held, 1. That a verdict of a Jury rendered against Law and Evidence is properly set aside by a judgment *non obstante veredicto.*

2. That a communication made by an employer, in his own private office to one of his clerks, regarding the conduct or character of a party in connection with her relations to another of the employers, clerks, is a *privileged* communication, and cannot be made the subject matter of an action for damages for verbal slander.

3. That the *onus probandi* is on the plaintiff, who pleads, in answer to a plea of prescription of a year in an action for slander, that the slanderous expressions did not come to her knowledge, until within a year and a day before the commencement of such action.

This was an appeal from a Judgment rendered in the Superior Court at Quebec, setting aside the verdict of a Jury, given in favor of the Appellant for

Ferguson v. Gilmour.

£500, on the ground that it was against law and evidence, and dismissing the action of the Appellant with costs.

The action in the Court below was for slander, and was instituted on the 17th of September, 1853; the slanderous words complained of being stated to have been used on the 1st day of May, 1852.

The declaration alleged, that the appellant "was a good, honest, just and "faithful subject of Her Majesty, and as such had always behaved and conducted "herself, and, until the committing of the several grievances by the said de- "fendant as hereinafter mentioned was always respected, esteemed and accepted "by and amongst all her neighbours and other good and worthy subjects of Her "Majesty, to whom she was in any wise known, to be a person of good name "fame and credit, to wit: at Quebec aforesaid; also that she, the said plaintiff "had not ever been guilty, or until the time of committing of the said several "grievances by the said defendant, as hereinafter mentioned, been suspected to "have been guilty of fornication or incontinence, or of the offences and miscon- "duct hereafter mentioned to have been imputed to the said plaintiff, &c.; yet "the defendant, well knowing the premises, but greatly envying the happy [illegible] "and condition of the plaintiff, and contriving and maliciously intend[illegible] "injure the said plaintiff in her said good name, fame and credit, and to cause "it to be suspected and believed by her neighbours and other good and worthy "subjects of Her Majesty; that she the said plaintiff had been and was guilty "of fornication and incontinence and indecent and libidinous conduct, and to "vex, oppress, injure, and wholly ruin the said plaintiff heretofore, *to wit: on "the first day of May*, 1852, at Quebec aforesaid, in a certain discourse which "he the said defendant then and there had in the presence and hearing of "divers good and worthy subjects of our Lady, the now Queen, he the said de- "fendant further contriving and intending as aforesaid, then and there in the "presence and hearing of the said last mentioned subjects, falsely and maliciously "spoke and published of and concerning the said plaintiff and of and concerning "the matters aforesaid, these false, scandalous, malicious and defamatory words "following, that is to say: "she (meaning the said plaintiff) is a whore;" "she "(meaning the said plaintiff) is a common whore, I can prove it;" "she (mean- "ing the said plaintiff) has been kept by a gentleman in Montreal," thereby then "and there meaning that she the said plaintiff had cohabited and committed "fornication with some person in Montreal, and was a woman of bad and disso- "lute habits and conduct; "she (meaning the said plaintiff) is a common "prostitute." The declaration then concluded for general and also for special damages, alleging that the use of this language had prevented one James Patton from marrying the plaintiff.

The respondent pleaded the general issue and a Perpetual Peremptory Exception, setting up the plea of prescription of a year, in the following terms: "That the supposed cause of action or grievances in the said declaration mention- "ed did not accrue to the said plaintiff within a year and a day before the "commencement of this suit; but, on the contrary, are therein alleged to have "accrued on *the first day of May*, 1852, and that if even the said plaintiff had "any cause of action against the said defendant by reason of such supposed

"grievances on that day, the same was and is prescribed, barred, and extinguish-"ed."

The appellant fyled a special answer to the exception (accompanied by her own affidavit,) in the following terms: "That although the causes of action or grievances "in her said declaration mentioned did not accrue to her the said plaintiff within "a year and a day before the commencement of this suit, yet she, the said plaintiff, "had no knowledge of the said causes of action or grievances until within a year "and a day of the bringing of the present action, to wit: until about the *twenty-"fourth day* of the month of *August*, 1853, by reason, &c."

Issue having been joined, the case was referred to a special Jury who rendered a verdict in favor of the appellant for £600. And on motion by the respondent the verdict was set aside and a new trial ordered.

The second trial also resulted in a verdict for the appellant for £500, the following being the findings of the Jury on the several questions submitted to them:—

1. Did the defendant speak and publish of and concerning the plaintiff the defamatory words set forth in the plaintiff's declaration, or any and which of them, and at what time and place?

Answer:—Yes, all the words, at Quebec, in the month of December, 1852.

2. Were the said words so spoken and published by the defendant maliciously?

Answer:—Yes.

3. Did the plaintiff thereby lose her marriage as alleged in her said declaration?

Answer:—No.

4. At what time was the plaintiff informed for the first time that the defendant had spoken and published the said words of and concerning her?

Answer:—We cannot tell.

5. What was the plaintiff's general character at the time the said words are proved to have been uttered and published of and concerning the said plaintiff by the defendant?

Answer:—Good.

Hath the plaintiff suffered damage by reason of such scandalous and defamatory words, and at what sum do you assess the said damage?

Answer:—Yes; the plaintiff hath suffered damage, and the Jury award for such damage the sum of five hundred pounds currency.

This latter verdict, on the respondent's motion, in the nature of a motion for Judgment *non obstante veredicto*, was also set aside, and the appellant's action dismissed with costs. And the present Appeal was instituted on the ground that the evidence was enough to base a legal verdict upon, and that supposing the verdict to have been rendered without sufficient evidence, the Court below could do no more than grant the Respondent a new trial, on payment of costs.

Lafontaine C. J., (*dissentiente*). The action in the Court below has been twice decided by a Jury in favour of the Appellant; but the last verdict was set aside by the Court on the ground that the case was unsupported by sufficient evidence, there being only one direct witness in support of the charge of

Ferguson v. Gilmour.

slander preferred by the appellant's declaration. It is true that in an action like the present the evidence of two witnesses is necessary, but the direct testimony of one witness supported by another who only speaks indirectly is enough. Moreover, it is the province of the Jury to judge as to the sufficiency of this evidence, and as the Jury under the instruction of the Court, found it sufficient, I feel myself bound by their finding, and in this respect I fully concur in the views expressed by Mr. Justice Meredith in the Court below.*

Aylwin J. The Declaration sets out that the Appellant was a person of good character and had never been suspected of being guilty of fornication or incontinence; that the respondent with intent to ruin her reputation did *on the first day of May*, 1852, publish and declare of and concerning the appellant, *in the presence and hearing of* DIVERS *good and worthy persons*, that she the appellant was "a whore," that she was "a common whore, and that he could prove it," that she "had been kept by a gentleman in Montreal," and that she was "a common prostitute." The plea is a general denegation, and there is also an exception to be hereafter mentioned. The first point to be noticed in this case is, that no testimony has been adduced in support of the Respondent's character for chastity, and that she has brought up only two witnesses to give evidence in relation to the alleged slander, and they speak of *two separate* occasions. The first witness (Railton) says, that a conversation between him and Mr. Gilmour took place, in the Respondent's private office, *about Christmas*, 1852. That "Mr. James Patton having been absent from his duties, Mr. Gil-"mour was exceedingly desirous that he should be found, and, with that view, "he wished me to get the young men in the office to make enquiries about him. "Mr. Gilmour and myself were led to understand that Mr. James Patton was in "company with the plaintiff, but we had no idea where they were living. Mr. "Nicoll, a clerk in Mr. Gilmour's office, and some other young men were re-"quested to go and find Mr. James Patton, and they made a search, but I think "it was unsuccessful. Mr. Gilmour then suggested to me the propriety of em-"ploying some of the police to find out if possible the house where the plaintiff "lived, as it was supposed that Mr. James Patton was with her. I remonstrated, "with Mr. Gilmour, stating that I thought it was rather a harsh procedure, and "that by employing the police might tend to injure the young man. Mr. Gilmour "at the time waived his wish in that respect, although I believe I did speak to "one of the police force requesting him privately to do all he could to find out "the place. In the course of the conversation with Mr. Gilmour, I believe that "I told him what I had done, for we had two or three interviews on the subject "until the young man did cast up, and I said to Mr. Gilmour words to the "effect: if the young man likes the girl, or is so attached to the girl, why dont "he marry her? Mr. Gilmour remarked in connection with the girl's character, "I think the words were, "that it would break his mother's heart," that she "was a girl of loose character, that she had been kept by a person in Montreal. "That is the substance of the conversation; Mr. Gilmour made use of these "words, "that it would never do for him to marry her." I cant swear that Mr.

* *Vide* 5 L. C. Reports p. 150 & seq.

"Gilmour made use of the words "to marry her," but I positively swear that he "made use of the words "it would never do," meaning that it would never do "to marry her. I merely remarked that that was their own affair. The word ""whore." was made use of; to the best of my recollection, the words "common whore" was made use of or some other word equally expressive with "common, but I solemnly swear the word "whore" was made use of; I recollect a person's name having been mentioned when Mr. Gilmour stated that the "plaintiff had been kept by a person in Montreal. A Mr. Gisbourne's name "was mentioned; the expression was this, "she had been kept by a Mr. Gisbourne in Montreal."

Upon his cross-examination, he says: "I have already stated that I was in "Mr. Gilmour's employ. In the spring of eighteen hundred and fifty-three I left "his employ. I was book-keeper in his employ. It was supposed at the time "that the plaintiff was living with Mr. James Patton, a witness examined in this "cause; but whether he kept her, or how it was, I dont know. *I dont, suppose that Mr. Gilmour knew more of the woman at the time than I did. I dont know the plaintiff and I do not know if Mr. Gilmour knew her either.* I "have stated before, and I state now positively, that at the time of the above-"mentioned conversation both the defendant and myself supposed that the said "James Patton was *living with* the plaintiff. This conversation was previous "to the said James Patton being found; the conversation took place in Mr. "Gilmour's office; it was in Mr. Gilmour's *private* room. I do not think there "was any other person present. I think that it was about Christmas or New "Year's time of the years eighteen hundred and fifty-two and eighteen hundred "and fifty-three that this conversation took place; *I do not think that I mentioned "this conversation to any person afterwards*, but I may have mentioned it in a "friendly way to some of the young men in the office, but I swear positively that "I never mentioned it in any way to injure the defendant."

The second witness (Patton) says, that the only conversations he had with the respondent were *in the fall of* 1852, when "he told me, that if I was so fondly "attached to the girl (meaning the plaintiff in the cause) why not marry her?" and again *in May or June*, 1852, when "I believe the defendant said, that "the plaintiff in this cause had boarded a long time at Mrs. Payne's, and that "she had been repeatedly seen in the company of a Mr. Gisbourne."

Upon this testimony, a jury gave a verdict in favor of the Appellant for £500 damages, which the Court below has set aside, dismissing her action. It was objected by the respondent that at the best, the Appellant had only one witness to prove the slanderous words, and that under the rule *unus testis*,, &c., the case was not made out. It was answered to this that the evidence of Patton affords such corroboration of the statement of Railton, as with it to make full proof. Now Patton was a clerk in the respondent's service; he had absented himself from the counting-house without leave for a considerable time, when his services were required, and his behaviour had occasioned a search for him, which resulted in coupling the name of the appellant with his in a manner discreditable to both of them. In meeting the respondent, Patton knew that his behaviour had exposed him to dismissal from his employment; he has, there-

Ferguson v. Gilmour.

fore, to seek forgiveness, and to begin by acknowledging his fault. That acknowledgment, proceeding from her own witness, forms part of the *res gestæ*, and binds the appellant. Wherever the fault may have commenced in the connection between the appellant and Patton, and whatever the blame as between them, in so far as the respondent was concerned, he was equally the injured party, and had a right to take his servant to task in relation to it, as his business suffered by their amorous dalliance. What passed between the employer and the clerk under such circumstances must be protected as a privileged communication, and such was the ruling of the Judge who tried the case. If privileged, how then can it be used against the respondent as corroborative evidence, so as to elude the application of the rule *unus testis*? But as to the evidence of Railton himself, can it be admissible as against the respondent? The conversation to which he deposes takes place in the private room of the respondent, between a confidential clerk and book-keeper and his employer, in relation to the conduct of another clerk in the same employ. The appellant's name is introduced as a matter of necessity, to account for the absence of Patton, both by the respondent and by Railton himself. The subject of marriage which led to the use of the words complained of was introduced by Railton. *The respondent knew no more of the appellant than Railton did*, and the observation "it would break his mother's heart," which preceded the words charged against the respondent, shows sympathy for the mother and the clerk, not malice directed against the appellant. It was the duty of the respondent to protect the interest of his clerk, if he thought he was making an improper matrimonial connection; the reference to supposed occurrences at Montreal was natural, and the offensive words used by the respondent, under such circumstances, cannot be considered slanderous. The communication between the respondent and Railton, was one of necessity, arising in the course and conduct of business; it was strictly confidential. The repetition of the conversation of his employer was a breach of duty in Railton, and his evidence should have been rejected as inadmissible, and the communication held to be justifiable and privileged. To hold the contrary, would be to put an end to all confidence between master and servant, to repeal the obligation of keeping his master's secrets incumbent upon every servant, and to abrogate the duty of making known all things which tend to the prejudice of the master and which it imports him to know. If this were permitted, universal distrust must prevail and commercial intercourse cease. In truth then there is no legal evidence at all on the part of the appellant, and the depositions of Railton and Patton should be rejected *in toto* as inadmissible. But over and above this, there is an exception of prescription of one year before suit brought, which the respondent set up to the action. This has been met by a special answer, that the appellant was not informed of the use of the slanderous words by the respondent, and brought her action as soon as she was informed. The onus of proof here again falls upon the appellant. A question upon this point was put to the Jury, and the answer is, "we cannot tell." This answer sustains the plea of prescription, and alone would dispose of the case.

Moreover, the appellant herself, in her examination before the Jury, states the exact period of her knowledge to be the 24*th of September*, 1853, that is, a

period *subsequent to the bringing of her action*—so that the very suit itself would seem to be a *mere speculation on her part*, based on the supposition or hope, that Mr Gilmour must have said something to his clerks about her, and her intercourse with Patton. Upon such evidence, it is surprising that a Jury could be found to make an award in favour of the appellant for a sum so large as £500. Such a verdict, if sustained, would be to punish the master for the misbehaviour of his clerk; to stifle the just complaints of an injured employer, even in his own private office, in order to listen to the application of a female, who having lost her virtue, yet presumes to come into Court to claim damages properly due to outraged innocence alone. It would encourage profligacy and debauchery among clerks and their lemans, by forbidding, under a penalty, the very mention of it to be made even in the most private recesses, however publicly practised. Such a verdict is immoral in its tendency and subverts the domestic relations; it rewards immodesty and incontinency, and hands over to female frailty the honest gains of labour and enterprise. It allows the servant to run riot, while it mulcts his employer for the vicious indulgence. In the view which we take of the case, the Judgment of the Court below is a right one, and it is confirmed with costs.

Judgment of the Court below confirmed.

Holt & Irvine, Attorneys for Appellant.

George Okill Stuart, Q. C., Attorney for respondent.

(S. B.)

IN APPEAL.

FROM THE DISTRICT OF MONTREAL.

MONTREAL, 12TH MARCH, 1856.

Coram LAFONTAINE, C. J., AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

DEVOYAU, (*Plaintiff in the Court below,*)

Appellant;

AND

WATSON *es qualité*, (*Defendant in the Court below,*)

Respondent;

AND

DUBUC & Ux., (*Intervening parties in the Court below,*)

Respondents;

AND

DUBUC (*Plaintiff 'en garantie' in the Court below,*)

Respondent;

AND

DESVOYAU, (*Defendant 'en garantie' in the Court below,*)

Respondent.

BORNAGE.

Held, 1o. That prescription of ten years with title, to the effect of acquiring the proprietorship of an immoveable does not run during the minority of the party to whom it is opposed.

2o. That 20 years'-existence of a fence (*cloture*) between two properties cannot defeat a demand *en bornage*.

3o. That the want of publication and insinuation of a will, cannot be opposed to the possessor *animo domini*, suing for bornage, and cannot be pleaded by a party deriving title under that will.

The action of the Appellant was to establish boundaries, *en bornage*. He based his action upon his right of property in the immoveable, or part thereof,

Desvoyau v. Watson.

forming the subject of litigation, which he claimed under the last wills of François Cousineau and Marie Louise Desvoyau, his wife, both passed on the 22nd May, 1819, before M. Desautels, Notary, and witnesses. The terms of both wills were as follows:

"Donne et lègue la dite testatrice, après l'usufruit éteint de son époux, à "Etienne Desvoyau, son neveu, fils de J. B. Desvoyau, ses droits et prétentions "dans un certain emplacement sis et situé au faubourg St. Antoine près cette "ville, de la contenance de trente deux pieds de front sur cent pieds de pro- "fondeur tenant par devant à la grande rue du dit faubourg, par derrière à la "dite Testatrice, d'un côté à Charles Boudria et d'autre côté à Toussaint Décary "avec ses droits et prétentions dans la maison qui seront érigés sur le dit lopin "de terre, et après l'usufruit éteint du dit Etienne Desvoyau la dite testatrice "donne et lègue ses droits et prétentions aux enfans alors nés et à naître de son "légitime mariage, et au cas pas d'enfans, la dite Testatrice substitue les parens "du dit Etienne Desvoyau plus proche et habile à lui succéder suivant la loi."

"Donne et lègue la dite Testatrice à Jean Baptiste Desvoyau père, après "l'usufruit éteint du dit Frs. Cousineau son époux, la jouissance et usufruit de "ses droits et prétentions dans un certain lopin de terre sis et situé au faubourg "St. Antoine, de la contenance de trente deux pieds de front sur un arpent plus "ou moins de profondeur, tenant par devant au lopin ci-dessus légué, par "derrière à la dite Testatrice, d'un côté au dit Charles Boudria, d'autre côté à "Thomas Bedouin, Ecuier, et après le dit usufruit éteint la dite Testatrice donne "et lègue ses droits et prétentions dans le dit lopin de terre aux enfans nés et "à naître de J. B. Desvoyau qu'elle fait et institue ses seules et uniques héritiers "et légataires universelles dans le dit lopin de terre."

"Donne et lègue la dite Testatrice à Joseph Desvoyau, son neveu, après "l'usufruit éteint du dit François Cousineau son époux, la jouissance et usufruit "de ses droits et prétentions dans un certain lopin de terre sis et situé au dit "faubourg St. Antoine, de la contenance de trente deux pieds de front, prenant "le front à la rivière Prudhomme, sur un arpent mesure précise de profondeur, "tenant par devant à la dite rivière, par derrière au lopin ci-dessus; et après le "dit usufruit éteint la dite Testatrice donne et lègue ses droits et prétentions "dans le dit lopin de terre à ses enfans nés et à naître de son légitime mariage "qu'elle fait et institue ses seuls et uniques héritiers dans le dit lopin de terre, "et au cas du décés du dit Joseph Desvoyau sans enfans, alors la dite Testatrice "substitue en leur lieu et place J. B. Desvoyau son frère pour son seul légataire "universel dans le dit lopin de terre."

The declaration of the Appellant alleged that the Defendant, Agnes Watson, in her double quality of theretofore *commune en biens* with the late Andrew Galt, and of tutrix to her minor children was proprietress in possession of the land contiguous to that owned by the Appellant by virtue of the above wills; that there had never been boundaries between the properties; that since the 23rd June, 1850, date of the majority of the Appellant, the said Agnes Watson prevented the Appellant from having the free possession and enjoyment of his land, by continual encroachments thereon, and refused to make bounds, although required to do so by protest.

The conclusions of the declaration were as follows:

"A ces causes, le Demandeur conclut à ce que, par le jugement à intervenir en cette cause, il soit ordonné que par le ministère d'un arpenteur ou d'arpenteurs jurés à être nommés par les dites parties, sinon d'office par cette honorable Cour, au cas de refus ou de négligence par elles de ce faire, il sera en présence des dites parties, ou elles duement appelées, procédé au mesurage et bornage du dit lopin de terre du Demandeur au bout de sa profondeur susdite d'un arpent mesure précise à partir de la dite Rivière Prud'homme ou petite rivière, et qu'une ligne de séparation et de division sera tirée et tracée entre le dit lopin de terre au bout de sa dite profondeur et le dit terrain contigu de la Défenderesse, à l'endroit où l'un et l'autre terrains sont contigus et se touchent au bout de la profondeur du susdit lopin de terre du Demandeur, à partir, comme susdit, de la dite Rivière Prud'homme ou Petite Rivière, et ce d'après la loi et les titres respectifs des parties; et que la Défenderesse soit condamnée à restituer et remettre au Demandeur telle partie du dit lopin de terre dont elle est en possession et qui, d'après les titres à être produits respectivement et suivant le bornage à opérer comme susdit, sera démontré appartenir au Demandeur comme étant, la dite portion de terrain, comprise dans la juste étendue du lopin de terre susdit du Demandeur d'un arpent mesure précise en profondeur à partir de la dite Rivière Prud'homme ou Petite Rivière; qu'en outre, la Défenderesse soit condamnée à payer au Demandeur en conséquence de son refus de borner, la somme de cent livres courant, avec intérêt et dépens."

Jean Baptiste Dubuc and his wife Henrietta Lemaire St. Germain intervened in the suit in order to guarantee the Defendant, being so bound under the sale of date 21st July, 1842, before Gibb and his Colleague, Notaries, made by them of the land possessed by the Defendant to Thomas Goodwin, who was purchaser on behalf of the late Andrew Galt, to whom he transferred the property by deed of date 5th October, 1843.

Dubuc also instituted an action *en garantie* against Jean Baptiste Desvoyau as *arrière garant* who had sold him the land in question by deed of date 23rd April, 1835, passed before Labadie and Colleague, Notaries, but the action of Dubuc against Desvoyau was *exparte*, the latter not having pleaded.

The Defendant and the intervening parties in the Court below pleaded conjointly a peremptory exception by which they alleged, that by deed of sale of date 21st July, 1842, Thomas Goodwin, the predecessor of the Defendant acquired from Dubuc and his wife certain land therein described as follows:

"A certain lot of ground or emplacement, situated, lying and being in the 'St. Antoine Suburbs, in the said City of Montreal, containing thirty-two feet "in front by from one hundred and twenty-to one hundred and twenty-five feet "in depth, be the same more or less, *and as at present enclosed*; bounded as "follows, in front by St. Bonaventure Street, in rear by Joseph Desvoyau dit "Laframboise, on one side by one Dubé, and on the other side by one Painchaud "or representatives, with a two story wooden house, kitchen and other buildings "thereon erected, with all and every the members and appurtenances thereon "erected," being in fact a portion of the land secondly above described in the said wills. That this *acte* had been registered the 27th August, 1842, and that

Desvoyau v. Watson.

the said land from the day of the sale thereof, had been possessed continually, publicly, and in good faith, as proprietor and by virtue of a good title both by the said Agnes Watson in her said quality, and by her predecessors, so that she had become in all respects lawful proprietor, and ought to be maintained as proprietor in possession of said land, which was, according to a plan by them produced as their exhibit number 4, 123 feet 6 inches in depth, commencing from Bonaventure Street, and extending to the fence separating it from that of the Appellant, and which existed from 1836, which left the Appellant, as appeared by said plan, only 169 feet beginning at the river Prud'homme, at the fence in rear of the land of the said Agnes Watson, which fence was a certain bound, and had existed nearly 20 years; that these wills contained a substitution in favour of the Plaintiff and others, but they never had been published and registered as required by law, and they could not therefore avail to the Plaintiff against the rights acquired by the Defendant; that the action was therefore unfounded seeing it had for object to demand a *bornage* between the land of the Appellant, and that of the Respondent Watson at a distance of an *arpent* from the River Prud'homme, and ought to be dismissed, and that if the *bornage* was ordered at all, it could only be according to the possession of the parties for nearly 20 years, that is to say, at 169 feet from the River Prud'homme, as regards the land of the Appellant, and at a distance of 123 feet six inches from Bonaventure Street, as regards the land of the Respondent.

The Appellant answered this exception of the Respondents to the effect, that the Defendant and the intervening parties could not invoke the want of publication and registration of the wills in question, inasmuch as they derived their titles through the same wills; that the prescription of ten years could not be acquired by the Defendant Watson, inasmuch as the Appellant only attained his majority on the 23d June, 1850.

After proof made, and a hearing on the merits, the Court below, composed of *Day*, *Smith*, and *Mondelet*, Justices, on the 31st March, 1856, rendered judgment as follows:

"Considering that the Plaintiff hath failed to establish the material allegations of his declaration, and that the two contiguous lots of land, in the said declaration described as belonging to the Plaintiff and Defendant respectively, have always been since the 21st day of July, 1842, and still are divided and bounded by a fence long since erected and now existing between the said two lots of land, and that the Defendant at the time of the institution of this action, was in the possession of the lot of land in said declaration secondly described, and by herself and her predecessors had been in possession of the said lot of land enclosed and bounded as aforesaid since the 21st day of July, 1842, by virtue of titles whereby the said last mentioned lot of land was described, and as being of greater extent in depth than that actually enclosed and bounded by the said fence and possessed by the said Defendant; and considering that by reason thereof and by law, the said Defendant cannot by the present action *en bornage* be dispossessed of any portion of the said lot of land, doth dismiss the said action with costs as well of the principal action, of the action *en garan-*

tie, and the intervention of the said Agnes Watson and of the said Jean Baptiste Dubuc."

In the Court of Review, the Appellant submitted the following propositions: 1st. The prescription of ten years to the effect of acquiring to the Respondent the proprietorship of part of the immoveable usurped, could not run during the minority of the Appellant. 2d. Supposing that the prescription could be applied, the Court below could not determine real rights such as those in question upon oral evidence: the Court ought to have ordered an *expertise* survey. 3d. Supposing that the prescription could have been applied, and that the Respondent could have established her claim to be maintained in the bounds established by the fence, mentioned in the judgment, the Court could not legally refuse to order the *bornage*.

The judgment in appeal was in the following terms:

"*La Cour.*—Attendû qu'il résulte de la preuve en cette cause que l'Appelant est en possession comme propriétaire de l'héritage décrit en sa déclaration, et que cet héritage est contigu à celui possédé par l'Intimée Dame Agnes Watson en sa qualité; attendû que les Intimés sont non recevables à opposer à la présente demande en bornage, le défaut de publication des testaments de François Cousineau et Marie Louise Desvoyau, les auteurs de l'Appelant, reçus le 22 Mai 1819, devant Desautels, Notaire, en autant que ce prétendu défaut de publication ne peut porter préjudice à son droit, comme possesseur *animo Domini* de faire poser bornes et limites contradictoirement avec son voisin, entre leurs héritages respectifs; attendû que la clôture mentionnée dans l'exception des Intimés n'a pu servir de bornes entre les parties, n'étant pas immuable de sa nature, et que, n'ayant pas existé le temps voulu par la Loi, elle ne peut non plus avoir fait la délimitation des héritages en question, ni fait acquérir aucune prescription en faveur des Intimés contre l'Appelant, mineur, qui n'est devenu en âge que le 28 Juin 1850; attendû que, dans tous les cas, l'Appelant est en droit de faire poser des bornes par arpenteur juré, suivant la Loi, pour séparer et diviser à toujours son héritage d'avec celui de la dite Dame Watson; attendû que les Intimés n'ayant pas justifié de leur exception, et l'Appelant ayant pleinement établi son droit de demander bornage, la Cour Supérieure en le renvoyant de sa demande, a erré:—Cette Cour, faisant droit sur l'appel en cette cause, infirme le jugement dont est appel, savoir, le jugement rendu par la dite Cour Supérieure à Montreal le 30 Mars dernier, et procédant à prononcer le jugement que la dite Cour aurait dû rendre, renvoie les exceptions produites de la part des Intimés et ordonne que par arpenteur juré, dont les parties conviendront sous quinze jours de la signification du présent jugement, sinon à être nommé d'office, les héritages respectifs des parties seront mesurés à l'effet de quoi les titres des parties produits en la cause seront remis au dit arpenteur, le quel sera tenu, sous le plus court délai, de dresser plan figuratif des lieux et de constater si l'héritage du dit Appellant a perdu de sa contenance en front et combien, en consequence d'alluvion qui a pu être opérée par la rivière Prud'homme, dans l'endroit auquel l'héritage de l'Appelant lui tient en front; à l'effet de quoi, le dit arpenteur sera autorisé à entendre des témoins, les dépositions desquels il rédigera, par écrit, pour du tout en faire rapport à la dite Cour Supérieure, siégeant à Montréal,

Duveyan v. Watson.

sous un bref délai, afin que, sur ce, la dite Cour puisse procéder, à ordonner que bornes soient plantées et fixées a l'endroit où besoin sera, et à statuer définitivement sur la demande de l'Appelant, et faire ce que de droit et de raison. Et la Cour condamne les dit Intimés aux dépens tant de l'appel que ceux encourus en la Cour Supérieure en conséquence de la mauvaise contestation des Intimés; et en dernier lieu, la Cour ordonne la remise du dossier. Et la Cour, sur motion des Messieurs Doutre et Daoust, Avocats de l'Appelant, leur accorde distraction de leurs frais en cette cause."

Doutre et Daoust, Attorneys for Appellant.

L. Betournay, Attorney for Respondents.

Appeal maintained.

(F. W. T.)

EN APPEL,

DU DISTRICT DE MONTREAL.

MONTREAL 12 MARS 1857.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE, Bart. J. en Chef, AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

SHARING, (*Demandeur en Cour Inférieure.*)

Appelant.

ET

MEUNIER DIT LAPIERRE, *et al.*, (*Opposants en Cour Inférieure.*)

Intimés.

Jugé:—Qu'un acte fait par un débiteur en déconfiture, ne peut être argué de nullité par un créancier qui n'y a pas été partie, qu'en autant qu'il aura établi que cet acte lui est préjudiciable.(*)

Sharing, l'appelant, ayant obtenu un jugement rendu par la Cour Supérieure à Montréal, contre Dame E. V. Cloutier, épouse de Philippe Gareau; fit saisir dans une maison désignée comme le domicile de sa débitrice un fonds de magasin et autres effets comme lui appartenant. Les Intimés produisent une opposition *afin de distraire* réclamant la propriété d'une partie des effets saisis en vertu d'un acte de cession que madame Gareau leur avait consenti le 14 août 1855, devant Jobin, Notaire.

Le principal titre des opposans, sur lequel ils fondent leur opposition, est un acte de vente reçu devant M^me^ Jobin et son confrère, Notaires, à Montréal, du 14 août 1855, par lequel la dite Dame Virginie Clouthier, alors marchande publique, demeurant à St. André d'Argenteuil, épouse dûment séparée de biens de Phillippe Gareau, vend aux Intimés tout son fonds de commerce, consistant en marchandises, effets et objects qui se trouvaient alors dans deux magasins, l'un à St. André, et l'autre à Plantagenet, dont inventaire avait été fait et copie authentique remise aux Intimés.

Par cet acte les Intimés s'obligent de payer et acquitter pour la venderesse, Dame Virginie Clouthier, le montant qu'elle s'était obligée de payer à ses créan-

(*) La Cour d'Appel fut également partagée sur l'espèce que présente cette cause.

ciers en vertu d'un certain acte de composition, à raison de cinq chelins dans le louis sur le montant de leurs créances respectives, montant pour lequel les Intimés s'étaient rendus responsables comme endosseurs vis-à-vis des créanciers, faisant en tout la somme de deux cent quatre-vingt louis et six deniers; et en outre acquittant et libérant la dite Dame Virginie Clouthier du montant qu'elle leur devait, et s'obligeant aussi de payer à l'appelant cinq chelins dans le louis sur le montant de sa créance, s'il acceptait la composition.

Ces différents paymens formaient le prix de la vente des effets, et s'élevaient en totalité à la somme de £359 13s 2d.

Telles sont les principales conditions de cette vente, contenues dans l'acte sur lequel se fondaient les Intimés pour revendiquer la propriété des effets saisis.

Immédiatement des conditions de cette vente, par le même acte, les Intimés [illegible] pour leur procureur spécial et leur agent le dit Philippe Garceau, auquel ils donnèrent pouvoir de gérer et administrer toutes et chacunes les affaires de la succession, continuer le bail du magasin à St. André, dans lequel, partie des marchandises vendues se trouvaient, y transporter celles du magasin de Plantagenet, et généralement faire pour le règlement des affaires de cette vente et cession tant activement que passivement, tout ce que les Intimés pourraient faire eux-mêmes s'ils étaient personellement présents, promettant ratifier le tout.

Cette constitution de procureur est suivie d'une promesse de vente en faveur du nommé Philippe Garceau, moyennant certaines conditions énumérées au dit acte.

Les Intimés allèguaient par leur opposition que leur agent, Philippe Garceau, avait par acte reçu à St. André devant Mtre Howard, Notaire, le 18 août 1856, obtenu une cession du bail de la dite Virginie Clouthier, qu'ils produisirent invoquant cette cession du bail comme opérant tradition.

Tous les effets saisis l'ont été dans ce magasin.

A l'appui de leur opposition ils ont produit cet acte de cession, un autre acte passé devant le même Notaire entre Mme. Garceau et plusieurs de ses créanciers, au nombre desquels étaient les Intimés, de plus un bail et un transport de bail, et enfin un protêt ou acte d'offres.

L'Appelant, en contestant l'opposition des Intimés, a prétendu que Mme. Garceau était insolvable et en déconfiture lorsqu'elle avait fait aux Intimés la cession du 14 Août, que les Intimés le savaient, et que cette cession avait été faite en fraude de ses droits, ce qui résultait des actes même produits par les Intimés;—que de plus ces derniers n'avaient jamais eu de tradition, ni la possession réelle des effets que Mme. Garceau leur avait vendus; et qu'elle était demeurée en possession de ces effets, que l'acte du 14 août 1855, est nul à sa face,—*Premièrement*, parcequ'il paie aux Intimés le montant entier de leur créance. *Deuxièmement*, parceque les autres créanciers ne reçoivent que la somme de cinq chelins par louis sur le total, et en extinction de leur créance. *Troisièmement*, parceque le surplus des biens est donné à Garceau, l'époux de la débitrice; concluant pour ces trois raisons à la nullité de l'acte de cession.

A cette contestation les Intimés ont répondu spécialement:

Que l'acte du 14 août 1855 avait été fait de bonne foi avec le concours de tous les créanciers, et pour leur avantage, pour réaliser dans leur intérêt tout ce que leur débitrice possédait, et qu'ils n'en avaient souffert aucun préjudice.

Sharing v. Meunier dit Lapierre et al.

Que le montant reçu par les Intimés, de plus que les autres créanciers l'a été de leur consentement; que le même avantage a été offert à tous les créanciers, et était en considération de la valeur du cautionnement fourni par les Intimés, en faveur de tous les créanciers de la dite Dame Virginie Clouthier, et par eux tous accepté, à l'exception du dit Appelant. Cette vente d'ailleurs n'est pas plus avantageuse pour les Intimés que pour les autres créanciers.

Que cette vente fut faite après l'alternative offerte de faire une cession à tous les créanciers, lesquels ont trouvé plus convenable et plus avantageux de consentir et ratifier telle vente;—qu'il n'y eut par là aucun dol et le refus de l'Appelant de concourir dans les dispositions prises et acceptées par tous les créanciers est injuste, illégal et ne peut suffire pour les soumettre à la nécessité de subir des pertes et dommages évidents, en les mettant dans l'impossibilité d'accepter ou de faire des arrangemens avec leurs débiteurs, dans l'intérêt général des créanciers; qu'un refus aussi injustifiable, ne peut servir de motif légal pour entrainer ou faire prononcer la nullité d'arrangemens de la nature de ceux contenus dans l'acte du 14 août.

Que l'acte du 14 août n'est que l'accessoire de l'acte du 15 août, fait entre la dite Dame E. Virginie Clouthier et tous ses créanciers, par lequel ces derniers, après avoir pris communication de l'état de ses affaires, déclarent accepter une composition de cinq chelins dans le louis, garanti par le cautionnement des Intimés; que ces deux actes n'en forment réellement qu'un seul, embrassant toutes les conventions prises entre les créanciers et leur débitrice, pour tirer le meilleur parti de ses biens dans leur intérêt, que rien dans tels actes ne peut justifier l'allégué de fraude imputée aux opposans.

Que l'appelant n'a pas d'autre action que la demande en participation dans le produit de telle transaction.

Que la dite Dame Virginie Clouthier avait le droit de vendre et de disposer de ses biens, comme elle l'a fait.

Par la même réponse les Intimés alléguent que pour éviter toute difficulté, ils ont fait, par le ministère de M. Mathieu et son confrère, Notaires, le 16 février 1856, offres réelles à l'Appelant de la somme de vingt et un louis dix chelins du cours actuel, étant la part proportionelle à la créance du dit Appelant dans le montant de la vente faite aux Intimés; et ces offres furent faites à la seule condition d'en donner reçu, que cette part était tout ce que l'Appelant pouvait exiger.

La contestation ayant été liée sur ces allégués de fraude et d'absence de toute tradition, plusieurs témoins furent produits par les Intimés pour prouver que les actes en question étaient avantageux aux créanciers. L'appelant n'a produit aucun témoin se fondant sur ce que les prétentions des parties devaient être jugées d'après la nature des conventions contenues dans les deux actes du 14 Août 1855—qui portaient avec elles un caractère non équivoque de dol et de fraude.

Dans le premier de ces deux actes, Mme. Gareau reconnait qu'elle est insolvable, que ses dettes se montent à £1286 0s. 3d. courant; que pour payer ses créanciers elle n'a que son fonds de commerce consistant en marchandises au

montant de	£589	14	0½
En crédits considérés bons	165	11	8
En crédits considérés mauvais	116	8	8
En tout	£871	14	4½

Une liste des créanciers de Mme. Gareau et un inventaire de ce qu'elle possédait accompagnent cet acte.—Après cette déclaration Mme. Gareau offre à ses créanciers cinq chelins par chaque louis du montant de leurs créances, payables par quart et par billets à trois, six, neuf et douze mois, endossés moitié par Gabriel Rolland, l'un des Intimés, et moitié par André Meunier dit Lapierre, l'autre Intimé.—Ces offres sont acceptées par tous les créanciers présents y compris les Intimés, qui, comme les autres, donnent une décharge à Mme. Gareau du surplus de leurs créances.

Par le second acte (l'acte de cession invoqué par les Intimés), Mme. Gareau d'une part, et les Intimés de l'autre (nul autre créancier n'était présent), déclarent qu'attendû que ce jour-là même par acte devant Mtre. Jobin, Mme. Gareau avait pris des arrangemens avec ses créanciers en leur payant par ses billets la somme de cinq chelins par louis sur le montant de leurs créances; que le dit Sieur Rolland, son créancier pour £43 7s. et le dit Sieur Lapierre pour £36 5s. 8d. avaient accepté cet arrangement ou cette composition et endossé les billets de Mme. Gareau, et qu'attendû qu'ils n'avaient consenti cet endossement qu'à *la condition expresse qu'ils seraient payés du montant entier de leurs créances respectives* et que Mme. Gareau leur ferait une cession et abandon complet de tout son fonds de commerce y compris ses crédits, elle reconnait, nonobstant le dit acte de composition, leur devoir, à M. Rolland £43 7s. et à M. Lapierre £36 5s. 8d., et pour payer ces deux sommes et aussi pour demeurer quitte des billets qu'elle avait souscrits et qui avaient été endossés par eux au montant de £280, et qu'ils s'obligèrent de payer à son acquit, elle leur céde tout son fonds de commerce consistant en marchandises et crédits et évalué par l'inventaire fait par le commis du dit Rolland à £871 14s. 4½d. comme ci-dessus. Les Intimés promettaient de plus payer à l'Appelant sa proportion de cinq chelins par louis sur le montant de sa créance, s'il intervenait à l'acte de composition et s'il l'acceptait c'est-à-dire s'il voulait recevoir ce paiement partiel à trois, six, neuf et douze mois et donner une décharge pour le surplus de sa créance.

Par le même acte les Intimés nommèrent M. Gareau leur agent pour vendre les marchandises et retirer les crédits que Mme. Gareau leur avait transportés et s'engagèrent dans le cas où il effectuerait divers paiements se montant en tout à la somme de £485 0s. 3d. courant, de lui vendre pour cette somme ce qui leur resterait de ces marchandises et crédits qu'ils avaient acquis de Mme. Gareau; et de placer à son crédit on déduction de cette somme de £435 0s. 3d. qu'il devait leur payer, tout ce qu'ils auraient reçu du produit de la vente de ces marchandises ou perçus sur les créances. Enfin les Intimés permirent à M. Gareau de faire commerce en son nom et à son profit à St. André, en leur magasin, sans lui charger de loyer et ponr lui tenir lieu de frais d'agence; et ils promirent de le recommander auprès de leurs amis marchands de Montréal pour établir son crédit auprès d'eux.

Sharing v. Meunier dit Lapierre et al.

Par jugement rendu par la Cour Supérieure à Montréal, le 31 octobre 1856,* la contestation fut renvoyée et l'opposition des intimés maintenue.

En demandant l'infirmation de ce jugement, l'appelant prétendait qu'il y avait tout à la fois simulation et avantage direct en faveur d'un créancier au préjudice des autres dans les deux actes du 14 août 1855, puisqu'au moyen de cet arrangement les intimés quoiqu'ils eussent composé comme les autres créanciers avec leur débitrice à raison de cinq chelins dans le louis, se trouvaient par l'effet du second acte à recevoir plus que le montant entier de leurs créances, avantage que la loi et l'équité reprouvent surtout lorsqu'il est obtenu au moyen de fausses représentations.

Qu'indépendamment de la fraude dont les actes des intimés étaient entachés, ils n'avaient prouvé aucune tradition, aucun *déplacement* des marchandises saisies et dont ils réclamaient la propriété.

Qu'enfin la décision de la Cour Supérieure ne tendait à rien moins qu'à changer les relations qui ont existé jusqu'à présent entre créanciers et débiteurs que Boulay-Paty, dans son traité des faillites et banqueroutes (1) indique en peu de mots d'une manière précise :

" *D'ailleurs*, (dit-il,) *en principe général tout créancier a le droit d'exercer sur* " *son débiteur tous les effets attachés à son titre, jusqu'à l'acquit parfait de ce qui* " *lui est dû. Nulle remise ne peut rien lui faire perdre, si elle n'est pas consentie* " *par lui-même et de son plein gré.*"

De leur côté les Intimés prétendaient que les actes en question avaient été faits de bonne foi, que l'acte de vente n'était que la suite de l'acte de composition ; que le produit de la vente était distribué entre tous les créanciers et les Intimés ne s'était portés cautions vis-à-vis des créanciers qu'à la condition de cette cession arrêtée et convenue lors de telle composition du consentement de tous les créanciers, excepté l'Appelant. Que dans notre système de loi aucune des dispositions de la faillite dans le sens légal du mot, ne pourrait être invoquée par l'Appelant. Que l'Ordonnance du commerce qui déclare nul tout transport ou vente fait dans les dix jours qui précèdent la faillite n'est pas en force dans ce pays et ne l'a jamais été. Que le débiteur commerçant sous l'empire du droit qui nous régit ne perd pas, par l'insolvabilité, le libre contrôle et l'administration pleine et entière de ses biens et que les créanciers ne sont reçus à critiquer ses actes ou à les faire annuler qu'en autant qu'ils ont été faits en fraude de leurs droits et qu'ils en souffrent des dommages ce qu'ils sont tenus de prouver. Que les Intimés pour éviter tout soupçon de fraude et pour établir précisément la nature de la transaction par eux faite, avaient prouvé que cette vente était dans l'intérêt des créanciers et que l'Appelant n'avait souffert non plus que les autres créanciers, aucun préjudice par le fait de cette cession.

Les Intimés soumirent comme propositions légales les suivantes :

1. La faillite dans le sens légal du mot, avec les conséquences que lui attribue l'ordonnance de commerce de 1673, n'existe pas dans notre droit. La loi ne reconnait que la déconfiture ou l'insolvabilité.

* La cour composée des hons. juges Smith, Mondelet et Chabot.

(1) Tome 2, p. 76. Edition annotée par Boileux.

2. La déconfiture laisse le débiteur dans la pleine administration de ses biens, et n'affecte en aucune manière son droit à la propriété de ses biens.

3. Les actes d'aliénations ou les transports faits par le débiteur insolvable ne peuvent être annulés à la requête d'un créancier qu'en autant que le créancier peut établir qu'ils sont faits en fraude de ses droits, et qu'ils sont préjudiciables.

4. Le créancier qui reçoit ce qui lui est dû d'un débiteur insolvable ne commet aucune fraude.

5. La seule action que peut exercer un créancier contre un autre créancier d'un débiteur commerçant insolvable, à raison de paiements faits par préférence, est une demande de restitution de l'excédant reçu au préjudice des autres créanciers.

6. La fraude ne peut jamais se présumer, et doit être prouvée.

La Cour d'Appel fut également partagée, et en conséquence, le jugement de la Cour Inférieure fut confirmé.

MM. les Juges Duval & Caron appuyant le jugement de la Cour de première instance et le Juge en Chef Sir L. H. Lafontaine Bt. et M. le Juge Aylwin étant d'opinion contraire, s'appuyant sur la fraude qui résultait des actes soumis à leur appréciation et sur ce qu'en maintenant ces actes on remettait en vigueur les dispositions de la loi de banqueroute qui forçaient la minorité des créanciers à se soumettre aux actes de la majorité.

M. le juge Aylwin s'exprima comme suit :

"Il paraît par le record, que Philippe Garceau en son propre et privé nom a produit une opposition dans le même but que celle des intimés, et en même temps avec eux et fondé sur les mêmes actes. Il ne s'agit pas actuellement de cette opposition il est vrai, mais il n'en convient pas moins d'en faire mention. Les intimés appuyent leurs prétentions sur des actes notariés et dans tous et chacun de ces actes figure Philippe Garceau, tantôt pour autoriser sa femme, tantôt comme son agent, tantôt comme agent de la masse des créanciers, tantôt comme agent des intimés, et finalement pour lui-même. De manière, à ce que le fonds de magasin et les créances, qui dans l'origine de ces transactions, appartenaient à la femme, en faillite et en déconfiture, par diverses transmutations se trouvent finalement appartenir au mari. Outre, la preuve manifeste de fraude, qu'offre cet enchaînement d'actes notariés par lui-même, il frappe de nullité toute la transaction ; suivant nos lois ainsi que le dit Toullier. Vol. 12, No. 41, p. 61-62.

"Sous l'ancienne législation, les coutumes avaient tellement étendu et l'on avait interprété avec tant de rigueur les prohibitions faites aux époux de se donner l'un à l'autre pendant le mariage que la seule crainte qu'on éludât cette prohibition en couvrant quelqu'avantage indirect sous le voile d'un autre contrat, avait fait défendre entre les conjoints *tout espece de convention ou de contrat* d'où l'un d'eux put tirer quelque profit. Ainsi toute vente, toute échange, toute association entre conjoints en un mot tout traité é aient nuls. L'article 410 de la Coutume de Normandi-, portait : "Gens mariés ne peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrats ou confessions par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre en tout ou en partie." Les dispositions de ces coutumes doivent être étendues à celles qui ne s'en sont pas expliquées. C'est aussi l'opinion de Dumoulin sur l'article 156 de l'Ancienne Coutume de Paris No. 5. Pothier, Donations entre mari et femme No. 78.

La bonne foi, défend aux intimés, de faire leur propre profit particulier, de la gestion de Philippe Gareau, des biens et effets de sa femme en faillite, et à plus forte raison elle le défend à Gareau lui-même. Dans l'espèce, l'Appellant est privé de son libre arbitre comme créancier, on lui enlève tout contrôle sur les biens de sa débitrice, pour le donner *eo invito* à son mari, et à ses amis. Il faudrait la sanction expresse du Législateur pour ainsi dépouiller le créancier de ses droits, et je ne trouve nulle part cette sanction. L'Appellant avait droit de procéder à la vente forcée en justice des biens en faillite, dût-il se trouver seul parmi les créanciers à user de ce droit, aucun concours de leur part, ne pouvait le lier, ou empêcher ni ne pouvait soustraire les biens du débiteur, à sa recherche. Une décision contraire, est introductive d'une loi de banqueroute, qui est bien dans les attributions du Parlement mais non des Cours de Justice.

MM. les Juges Duval & Caron motivèrent leur opinion sur la preuve contenue dans le dossier que la vente ainsi faite était dans l'intérêt des créanciers; que l'Appelant n'en avait souffert aucun préjudice, et qu'il n'était pas recevable à s'en plaindre n'ayant fait aucune preuve que cet acte était frauduleux ou préjudiciable à ses intérêts.

Cherrier, Dorion & Dorion, pour l'Appelant.

Laflamme, Laflamme & Barnard, pour les Intimés.

Jugement confirmé.

(R. L.)
(V. P. W. D.)

EN APPEL.

DU DISTRICT DE MONTREAL.

MONTREAL, 12 MARS, 1857.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE, BART. C. J., AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

ALEXIS JETTÉ, *Père*, (*Demandeur en Cour Inférieure.*)

Appelant.

ET

JOSEPH CHOQUETTE, (*Défendeur en Cour Inférieure.*)

Intimé.

Jugé:—1o. Qu'aucune action en dommage ne peut être intentée contre un Inspecteur des chemins, pour aucun acte fait par lui dans l'exécution présumée de ses fonctions lors même qu'il aurait agi en dehors de ses attributions, sans droit et contrairement à la loi, à moins qu'un avis d'un mois lui soit préalablement donné.

2o. Le statut 14 & 15 Vict., ch. 54, s'applique aux officiers nommés par les conseils municipaux.

Appel d'un jugement rendu par la Cour Supérieure à Montréal, le 30 Décembre 1854, déboutant une action en dommages intentée par l'Appelant pour empiétation sur sa propriété. C'était l'action de *trespass* ordinaire. Par son action l'Appelant alléguait que l'Intimé étant inspecteur des chemins et ponts de la Paroisse de St. Grégoire, et, abusant de son autorité comme tel, aurait illégalement et sans droit ni autorité comme tel, commandé un grand nombre de personnes habitant la Paroisse de St. Grégoire de se rendre sur la terre de l'Ap-

pelant et d'y pratiquer un chemin pour l'usage du public, ce qui lui aurait causé des dommages au montant de £75 0s. 0d.

L'Intimé, par une exception péremptoire, avait plaidé à cette action l'existence d'un règlement du Conseil Municipal du Comté de Rouville du 12 mars 1849, établissant l'ouverture d'un chemin public dans la paroisse de St. Grégoire, lequel devait passer sur la propriété de l'Appelant, et un amendement du 14 mars 1854, statuant que le chemin en question serait ouvert aussitôt que certaines formalités qu'il énumère auraient été remplies.

A cette action l'Appelant repliqua spécialement en demandant la nullité des règlements invoqués par l'Intimé dans son exception prétendant qu'aucun de ces règlements n'autorisait les inspecteurs de paroisse à procéder à l'ouverture du chemin; que le règlement du 14 mars 1853 n'était pas en force à l'époque où les différentes voies de fait, dont l'Appelant se plaignait, avaient été commises. En supposant que ces règlements auraient été en force, aucune personne n'avait droit d'exécuter ou faire exécuter le règlement et personne n'aurait été autorisé à faire l'ouverture du chemin. Il n'était pas dans les attributions de l'Inspecteur de le faire, le député Grand Voyer étant le seul qui devait le faire.

L'Intimé prétendit qu'il était poursuivi pour un acte accompli par lui en sa qualité d'officier public. Le jugement de la Cour Inférieure est motivé sur les dispositions du statut 14 et 15 Vict., chap. 54, sec. 2 et 9 qui établit: " *Qu'aucun writ ne sera émané contre aucun Juge de Paix ou autre officier ou personne remplissant aucun devoir public, pour aucune chose faite par lui dans l'exécution de ses devoirs publics, soit que les dits devoirs soient imposés par le droit commun ou par un acte du Parlement Impérial ou Provincial; et aucun jugement ou verdict ne sera rendu contre lui, à moins qu'avis par écrit du dit writ spécifiant la cause de l'action avec une précision suffisante ne soit donné au dit Juge de Paix, officier ou autre personne.... au moins un mois de calendrier avant que le dit writ soit émané.*

Par la sec. 9, du même statut, il est statué: " *Que les priviléges et protections accordés par le dit acte seront étendus à tous tels Juges de Paix ou officier agissant comme susdit et à nul autre et tous tels Juges de Paix, officier ou autre personne agissant comme susdit auront droit à telle protection pour tout acte fait par eux de bonne foi dans l'exécution de leur devoir, lors même que dans tels actes ils auraient excédé leurs autorités ou pouvoirs et auraient agi évidemment en contravention à la l[illegible]*

L'Appelant prétendait que le Statut n'avait pas pour objet d'étendre la nécessité de donner avis à d'autres qu'à ceux qui avaient droit avant sa promulgation, et n'avait été fait que pour établir un délai uniforme, que l'Intimé devait établir qu'il avait agi de bonne foi et dans l'exécution de ses devoirs, que c'était au député Grand Voyer à procéder à l'ouverture d'un chemin, que l'Intimé était par suite en mauvaise foi en assumant une autorité qu'il n'avait pas.

La Cour Supérieure à Montréal avait rendu jugement le 30 décembre, 1854; présents: les honorables juges Day, Smith et Mondelet, conformément aux prétentions de l'Intimé dans les termes suivants: *The Court considering that the Defendant in performing the Acts alledged and complained of in the said Declaration, were* so done and performed in fulfilling a public duty and was by*

* Sic.

Alex. Jett & Pare. v. J. Choquette.

reason thereof, and by law entitled to a notice, previous notice of the suing out of the writ and process in this cause, and that no such notice has been served upon or given to him doth dismiss the action of the Plaintiff with costs. M. le juge Smith *dissentiente.*

La Cour d'appel confirma ce jugement unanimement, tout en remarquant que le réglement en vertu duquel l'Inspecteur Choquette prétendait agir, était nul, et que ce n'était pas à lui à procéder à l'ouverture d'un chemin public, mais au député Grand Voyer.

Appel renvoyé.(1)

Cherrier Dorion & Dorion, pour l'Appelant.

R. & O. Laflamme, avocats de l'Intimé.

Autorités cités par l'Appelant 24 Geo. 2, chap. 44, stat., imp., 10 et 11 Vict., chap. 7, sec. 25, 36 Geo., 3 chap. 9, sec. 26.

Autorités cités par l'Intimé, 3 Bing. R., pp. 78, 85, 4 Bing. p. 510, 7 T. R. pp. 631, 633, Saunders Pl. & Ev., v. 3 p. 1087, Harrison's Digest vo. officer, 2 Chitty Gen. Pr. I. 64.

(R. L.)

MONTRÉAL, 28 FÉVRIER, 1857.

Coram SMITH, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 1158.

Monaghan v. *Benning*.

Jugé;—que dans un contrat synallagmatique, si l'obligation a été modifiée par deux actes fait le même jour devant le même Notaire et que par un acte subséquent, une des parties à l'acte originaire, du consentement et avec le concours de l'autre transfère ses droits résultant du premier acte à un tiers, en indiquant la modification de l'obligation dans le transport, par la seule mention d'un des actes sans spécifier lequel, le tiers-cessionnaire peut se prévaloir de celui des deux actes qui lui est le plus favorable et ignorer l'existence de l'autre.

Le 3 août, 1853, James Monaghan et Michael Monaghan font une convention devant Dessureau, N. P., par laquelle ils s'obligent envers Andrew Gemmill de tanner exclusivement pour ce dernier pendant trois ans, Gemmill s'obligeant de son côté à fournir une quantité définie de peaux.

Le 11 février 1854, Acte entre les frères Monaghan et Gemmill devant

---

(1) A case arising out of the same transaction, that led to the case above reported, was decided in Appeal on the 12th day of May 1856, between Esinhart, Appelant & McQuillan Respondent. McQuillan was one of the Petitioners for the opening out of the road in question and took an active part in procuring the passing of the by-law in question. He instigated the Inspector to proceed to carry out the by-law, by threats of prosecution and personally took part in pulling down fences, and cutting trees upon Esinhart's land, and was the first to pass over the new road which he did in a waggon and two horses in triumph, with flags flying and other marks of rejoicing. When sued in damages he invoked and the Inferior Court gave him the protection of the Statute and dismissed Esinhart's action for want of notice. This judgment was reversed in Appeal, as the conduct of the party was such as to shew evident *mala fides*, the thing done being not even *colore officii*. (R. L.)

Morrison et son confrère N. P., par lequel les parties conviennent de la faculté de resilier l'acte du 5 août 1853 en donnant trois mois d'avis.

Le même jour devant le même Notaire les parties font une autre convention de même nature dans les mêmes termes que la précédente sans la mentionner ajoutant à la faculté de résiliation l'obligation pour la partie résiliante de payer à l'autre la somme de £50.

Le 23 février 1854, par acte reçu devant Morrison, N. P., le dit Andrew Gemmill transporte à James Benning, avec le consentement des Monaghan parties à l'acte, une certaine quantité de peaux, et en outre il substitue Benning en son lieu et place dans tous les droits, priviléges et obligations qu'il peut avoir en vertu de l'acte reçu devant Dessureau et son confrère Notaires, en date du 5 août, avec le consentement des Monaghan, puis vient la clause déclarant que l'acte du 5 août 1853, pourra être résilié par l'une ou l'autre des parties en donnant trois mois *comme le tout est mentionné entre le dit Gemmill et les Monaghan par acte devant le soussigné, Notaire, en date du* 11 *de ce mois, lequel acte sera bon en faveur de M. Benning comme en faveur de Gemmill.* [*As the whole is agreed between the said A. Gemmill and the said Monaghans by deed drawn before the undersigned Notary on the eleventh day of this month which shall be good in favor of Mr. Benning as in favour of A. Gemmill.*] Après ce transport ainsi fait Benning, donna avis de résiliation.

Sur cet avis Monaghan intenta son action pour le recouvrement des £50.

Le Défendeur plaida le premier des deux actes et se prétendit en conséquence non obligé ; vû que l'acte de transport fait avec la participation des Monaghan indiquait seulement la faculté de résilier d'après un de ces actes, sans indiquer lequel.

La Cour par son Jugement maintint les prétentions du Défendeur et débouta l'action du Demandeur.

Action déboutée.

L. V. Sicotte, Procureur du Demandeur.
R. et G. Laflamme, Procureurs du Défendeur.
(R. L.)

MONTREAL, 19TH MARCH, 1857.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 59.

Tate & al., v. *Janes & al.*, & *E Contra.*

Held: 1. that a judgment homologating an award of arbitrators, is an interlocutor susceptible of being revised: 2, that an award which has not embraced all material points submitted to arbitration, or shewing that the arbitrators have exceeded the limits of their authority, will be set aside.

The plaintiff sought the recovery from the defendants of the sum of £1225 2s. 5d. curreney, alleged by the plaintiffs to have been received by the defendants as the agents of the plaintiffs from divers persons, debtors of the plaintiffs.

The defendants met the action by a plea admitting that they had received monies of the plaintiffs, to the amount of £1138 14s. 9d., according to an account which they fyled; but they further averred, that before and at the time

Tate & et al., v. Janes & et al., & H Contra.

of the institution of the action, the plaintiffs were indebted to them in the sum of £1023 9s. 11d., for divers causes set forth in the plea; that the plaintiffs were further indebted to them in the sum of £257 11s. 6d., amount of a judgment in principal, interest and costs, which had been transferred to the defendants by one W. D. B. Janes; that these two sums, amounting together to £1281 2s. 5d., far exceeded the amount of £1138 14s. 9d., so received as above by the defendants; and the defendants therefore opposed the said sum to and set it off; to wit, firstly, the sum of £1023 9s. 11d., according to its sufficiency: and secondly, the sum of £257 11s. 6d., against the amount so received by the defendants as agents of the plaintiffs.

The defendants further constituted themselves incidental plaintiffs for divers causes arising out of their said agency, to the amount of £1250, not including the judgment.

After issues joined, the matters at issue between the parties were by rule of court, with the consent of the parties, referred to the arbitration of two persons as arbitrators, and *amiable compositeurs*, nominated by the parties, with power to them to name a third arbitrator.

On the 16th day of December last, the arbitrators, with a third arbitrator chosen by them, made a report and award in the following words and figures:—

"On this fifteenth day of the month of December, in the afternoon, in the year of our Lord one thousand eight hundred and fifty-six.

Before us, the undersigned Public Notaries, duly commissioned and sworn, in and for that part of the Province of Canada which heretofore constituted the Province of Lower Canada, residing in the City of Montreal, in the Province aforesaid.

Personally came and appeared, Mr. Charles L. Hayden, of the City and District of Montreal, Gentleman, of the first part.

And John Auld, of the said City of Montreal, Gentleman, of the second part.

And Thomas Seed, of the said City of Montreal, Esquire, Accountant, of the third part.

Which said parties declared unto us, Notaries, that whereas a certain action is now pending in the Superior Court of Lower Canada, wherein William Tate et al., are Plaintiffs, William D. B. Janes et al, are Defendants, and E Contra; said action bearing amongst the records of the said Court, the number fifty-nine. (No. 59.)

And whereas by a rule issued in the said cause, on the twenty-seventh day of December, one thousand eight hundred and fifty-five, the said Charles L. Hayden was named and appointed arbitrator on behalf of the plaintiffs; and the said John Auld, arbitrator on behalf of the defendants, to whom the matters in dispute in the said cause, between the plaintiffs and the defendants, and forming the subject of the action, and pleas, and incidental demands, fyled in the cause; and each and every of them were referred and left to their arbitrament, award, and determination; the said arbitrators being by the said Rule of Court named Arbitrators, *arbitrateurs et amiables compositeurs*; and thereby empowered, in the event of their differing in opinion, or if they should see fit, before proceeding to the consideration of the controversy in the cause, to name a third arbitrator

amiable compositeur, which said arbitrators were, by the Rule of Court, given the power and authority to examine upon oath the parties in the cause, plaintiffs and defendants, if they should see fit so to do; also such witnesses as they might think proper, and all documents, vouchers, or documentary evidences, that the parties might produce before them in support of their several pretentions. The award of the said arbitrators, *arbitrateurs et amiables compositeurs*, or a majority of them, to be final and conclusive in the cause.

And whereas the said Charles L. Hayden and John Auld took upon them the burthen of the said arbitration, but after some examination in the premises, finding it necessary to obtain the aid of an Accountant, did, in pursuance of the power and authority vested in them by the hereinbefore in part recited Rule of Court, and by a writing signed by them on the fourth day of April, one thousand eight hundred and fifty-six, herewith submitted, choose and nominate the said Thomas Seed as third Arbitrator, Umpire in the premises.

And whereas the said Thomas Seed having accepted the said appointment, and the parties being notified, proceeded with the said Charles L. Hayden and John Auld to the examination and investigation of all the matters in difference, and having heard and considered the allegations of the parties, having examined the witnesses adduced, being previously sworn in conformity with the said Rule of Court, and all the books of accounts, documents, vouchers, and documentary evidence, that the parties, plaintiffs and defendants in the cause, produced before them in support of their several pretentions, and the pleadings in the said cause do make and publish this their award as follows, to wit:—

That they do find that the said William Tate et al., Plaintiffs in the cause, had good grounds for demanding from the said William D. B. Janes et al., Defendants in the cause, the sum of one thousand four hundred and four pounds, seventeen shillings and eleven pence, currency. £1404 17 11

And that the incidental claims of the defendants amount to the sum of one thousand one hundred and ninety-four pounds five shillings and seven pence half-penny, currency. £1194 4 7½

£210 12 3½

Thus leaving a balance still due and owing by the said W. D. B. Janes et al., Defendants to William Tate and al., plaintiffs in the cause, of two hundred and ten pounds twelve shillings and three pence half-penny, currency.

The whole, nevertheless, respectfully submitted.

Done and passed in the Office of James Smith, one of the said Notaries, on the day, month, and year, first above written; and the said arbitrators and umpire have respectively signed these presents in duplicate, with and in the presence of us Notaries, these presents having been first duly read in their presence, under the number two thousand nine hundred and fifty-three."

(Signed)

P. M. GUY. (Signed)

C. W. HAYDEN,
JOHN AULD,
THOMAS SEED,
JAS. SMITH, N. P.

Thereafter the plaintiffs, on the 17th February last, gave notice to homologate the award, having inscribed the case for hearing on the merits at the same time.

The defendants on their part moved to set aside and annul the award, on several grounds, chiefly because the plaintiffs' demand being for £1225 2s. 5d. currency, the arbitrators had awarded them £1404 17s. 11d.; and because the arbitrators had only taken cognizance of the *incidental* claims of the defendants, overlooking the matters alleged in the defendants plea.

On the 28th February, the Court, composed of M. M. Smith, Mondelet, and Chabot, Justices, rejected the motion of the defendant to quash, and granted the plaintiffs' motion to homologate the award.

On the 17th March, the defendants made another motion, to revise the Judgment of the Court rendered on the 28th February. This was resisted by the plaintiffs' counsel, as well on the merits of the judgment, as on the ground that the homologation was a final judgment, over which the Court had no power.

The counsel for the defendants on the other hand contended, that the judgment was only an interlocutor, that the Court had yet to apply the findings of the arbitrators to the pleadings and issues; that it was impossible to do this without the incongruities and absurdities of the award being made manifest. For instance, the arbitrators awarding to the plaintiffs upwards of £1400, and the defendants nearly £1200, found a final balance in favour of the plaintiffs of upwards of £210; yet the Court applying their findings to the pleadings, could only give the plaintiffs judgment for £1225 2s. 7d., the amount of their demand, and the defendants, according to their findings would be entitled to judgment on their incidental demand, to the amount of £1174 6s. 7½d., leaving a final balance in favour of the plaintiff of £30 16s. 9½d; without any account being taken of the judgment for £257, set up in the defendants plea; which judgment, if further taken into account, would make the final result upwards of £200 in favour of the defendants.

On the 31st March, the Court, composed of M. M. Day, Mondelet, Chabot, Justices, granted the motion for revision.

Per Curiam. The Court has power to revise the judgment homologating the award, for it is not a final judgment. The Court has still to apply the findings of the award to the pleadings and issues in cause. The homologation is not a final judgment, but very near it. The arbitrators here have committed two errors; firstly, they had no power to take into consideration, as they have done, the claims of the plaintiff for £1400; secondly, they neglected to take into consideration the defendants' plea of compensation; and they only adjudicated upon the incidental demand.

Motion granted.

T. S. Judah, Attorney for Plaintiffs.
Torrance & Morris, Attorneys for Defendants.

(P. W. T.)

MONTREAL, 30TH MARCH, 1857.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 1890.

Thompson v. McLeod.

PLEA—PRESCRIPTION—INTERRUPTION.

Held, that in proving interruption of prescription of note, a letter mentioning a note, will be presumed in the absence of evidence to the contrary, to refer to the note, alleged to be prescribed.

The plaintiff brought his action to recover the amount of a promissory note, The defendant pleaded prescription as a bar to the recovery of the amount, alleging that the note became due on the 19th November, 1850, and that the action had not been instituted within five years next thereafter; by reason whereof the note was, by law, held and taken to be absolutely paid and discharged. His conclusions were therefore that the note be held and taken, to be and to have been absolutely paid and discharged, and the action be dismissed.

The plaintiff answered that the prescription was interrupted by a letter written by the defendant to the plaintiff, of date 13th September, 1854. This Letter did not specify the note.

Day, J. The plaintiff has proved interruption of prescription and promise to pay. It was contended at the argument by the defendant that there was nothing proved in the case to identify the note upon which the action was brought, with the note mentioned in the letter. We think there is nothing in this objection. There is a presumption of identity without further proof.

Judgment for Plaintiff.

Doutre & Daoust, Attorneys for plaintiff.
S. W. Dorman, Attorney for defendant.
(F. W. T.)

MONTREAL, [illegible] MARS, 1857.

Coram SMITH, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 2404.

Malo v. *Nye.*

Jugé;—que celui qui a payé des intérêts sur une somme empruntée excédant le taux de six par cent par année, ne peut sous l'opération de la 16e Vict., ch. 80, répéter cet excédant d'intérêt, il le faire déduire sur le principal de la dette.

Que l'endosseur d'un billet promissoire pour le recouvrement duquel le faiseur est poursuivi, est témoin compétent pour prouver des faits d'usure, la considération donnée pour le billet et son paiement.

Le Demandeur poursuivait le Défendeur pour le recouvrement de quatre billets promissoires se montant à £156, consentis en 1854 et 1855, dont deux signés par le Défendeur et endossés par J. R. Fleming, et les deux autres signés par Fleming et endossés par le Défendeur, dûment protestés.

Le Défendeur plaida usure et défaut de considération, alléguant que le Demandeur avait depuis le 7 Juillet 1853, escompté un grand nombre de billets

Malo v. Nye.

promissoires du Défendeur et du dit Fleming y compris ceux pour lesquels il poursuivait. Que sur ces différens billets ainsi escomptés par le Demandeur ce dernier aurait retenu et se serait fait payer un intérêt usuraire excédant six par cent par année, lequel excédant devait être déduit sur le montant reclamé par le Demandeur, réduisant par là sa créance à £45 8s. 8½d., somme pour laquelle il offrait de confesser jugement.

Le Demandeur répondit généralement.

A l'enquête le Défendeur a produit comme témoin, Fleming endosseur sur deux des billets sur lesquels était portée l'action, et faiseur des deux autres.

Le Demandeur s'est objecté à l'audition du témoin, comme étant intéressé, en autant qu'en faisant diminuer le montant de la réclamation, il diminuait son obligation vis-à-vis du Demandeur.

Cette objection fut renvoyée par le juge présidant les enquêtes, et sa décision fut ensuite maintenue par la Cour *in banco*.

Le témoin ayant été examiné prouva les allégués de la défense, quant au paiement d'intérêts excédant le taux de six par cent par année.

Lors de l'argument le Demandeur prétendit que l'acte amendant les lois d'usure, le protégeait contre la répétition des intérêts qu'il avait reçus du Défendeur quelqu'en fut le montant, et que particulièrement la seconde section de l'acte 16 Vic., ch. 80, le mettait à l'abri d'aucune poursuite *civile* ou *criminelle* à ce sujet.

La Cour maintint cette prétention, et accorda au Demandeur la totalité de sa demande.

Cherrier, Dorion et Dorion, pour le Demandeur.

H. Stuart, pour le Défendeur.

(V.P.W.D.)

MONTREAL, 31st MARCH, 1857.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 1244.

Casson v. *Thompson*.

If there be two Hypothecary debts of different dates due by the same debtor to the same Creditor, both payable by instalments, but with the privilege of acquitting the most ancient before it became due; and payments be made by the Debtor to the Creditor without any application whatever; such payments will be imputed, firstly, in extinction of the interest due on the most ancient debt, secondly on the principal of that debt whether due or not, thirdly, on the interest of the most recent debt; and lastly on the principal of it.

This action was brought for the purchase money due under a deed of sale of land made in 1843, for £350, payable by thirteen annual instalments with interest. The Defendant pleaded that he had bought another lot of land from the same party in 1838, for £150, payable by ten annual instalments with interest, with the privilege of paying the whole of the purchase money at any time; that he had made numerous payments without special application, which he averred he had a right to impute, firstly, in extinction of the interest due under the deed of 1838, secondly, towards the principal due under that deed, thirdly, to the interest due under the deed of 1843, and lastly towards the principal due under that deed.

It appeared by the evidence adduced that when some of the payments were made, interest was due and payable under both deeds, but no principal under either; when others were made, interest was due and payable under the deed of 1843, but neither interest nor principal under that of 1838; at others both interest and principal were due under the deed of 1843, but neither under the deed of 1838.

Abbott for Plaintiff, contended for the following rules of imputation:—

1. That the interest payable under the deed of 1838, should be first extinguished.

2. That any principal actually payable under that deed should be next extinguished.

3. That the payments should next be applied to the interest, payable under the deed of 1843.

4. That the principal due under the deed of 1843, should be last extinguished.

But subject to the following modifications:—

5. If interest were actually due under the deed of 1843, and no principal actually due under the deed of 1838, a payment should be applied to such interest due, rather than to such principal not due.

6. If all interest due were extinguished at the date of a payment: and if an instalment of the debt of 1843 were due, and no portion actually due of the debt of 1838, the payment should be applied to the instalment actually exigible rather than to that not so, though the instrument creating the latter be of most ancient date.

The fact that the Defendant had the privilege of paying the whole of the debt of 1838, before it became due, could not create any difference in the rules for the imputation of small unapplied payments, or portions of payments, each forming only an insignificant part of the amount of that debt. The privilege of extinguishing the debt before it became payable, could only be exercised as it was granted, viz.: by liquidating the whole amount at once, and not by an *ex post facto* imputation upon it of fractional parts of numerous small payments, which could be legally and properly applied elsewhere.

Cassidy for Defendant admitted the correctness of the general rules of imputation, contended for by the Plaintiff, but submitted that under the privilege granted by the deed of 1838, of paying off the debt before it became due, he was entitled to insist upon the imputation of the payments upon the capital of the debt of 1838, though no portion thereof might then be due, in preference to both interest and principal of the debt of 1843, though portions of both might be exigible at the time.

Day, J., delivering judgment, said the opinion of the Court is, that the payments made should be imputed, first, to the interest of the debt of 1838; second, to the principal of that debt; third, to the interest of the debt of 1843, and fourth to the principal of that debt.

Abbott, Attorney for Plaintiff.

Leblanc & Cassidy, Attorneys for Defendant.

(J. J. C. A.)

This case is appealed—as well upon the doctrine of imputation, as upon various questions, turning entirely upon evidence, and therefore not touched upon in this report.—[EDITOR'S NOTE.]

MONTREAL 31st MARCH, 1857.

Coram DAY, J., MONDELET, (C.) J., CHABOT, J.

No. 2637.

Ouimet vs. McCallum, and Clark mis en cause.

Held, that a *gardien* failing to represent the moveables confided to his charge, must remain *contraint par corps*, until he produce the same or pay their value.

This was a Rule for *contrainte par corps*, on a Guardian who had failed to represent the moveable effects seized and placed in his care and safe-keeping.

The guardian appeared by Attorney, and answered in writing, to the following effect:—That the goods seized were, at the time of the seizure, in the possession and the property of the guardian and his partner, one Thompson, carrying on business under the Firm of Clark, Thompson & Co., under deed of transfer from the defendant; that he (the guardian) was in no way in contempt of the court, by reason of the non production of the said goods; and that under any circumstances he could not be condemned to do more than pay into the hands of the Sheriff, the value of the said goods, which he alleged did not exceed in amount the sum of £37 10s., currency.

Issue having been joined, the parties proceeded to proof, and the value of the goods was proved to amount to £900 cy.

Day, J. There can be no doubt that the evidence in this case discloses a manifest contempt of the authority of this court, on the part of the *guardian* appointed under the seizure, for he no sooner obtained possession of the goods seized, than he proceeded without any ceremony to sell them. Were conduct like this to be tolerated, it would be manifestly impossible to enforce the judgments of the court; and we can have no hesitation therefore in making the Rule in the present instance absolute. The only point raised at the argument was in regard to the form of the Rule, there being no alternative offered by it but the production of the Goods. The parties, however, have raised an issue on this Rule, in respect of the *value* of the goods in question, and have added evidence thereunder, establishing the value of such goods at £900. Under the circumstances therefore, there can be no difficulty in ordering that the Guardian shall be relieved from the *contrainte*, on producing the goods, or paying these £900 into the hands of the Sheriff. Judgment accordingly.

L. W. Marchand, Attorney for Plaintiff.

A. & G. Robertson, Attorneys for Guardian.

(S. B.)

MONTREAL, 31st MARCH, 1857.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 223.

Larochelle v. *Pichet & Piché*, Intervening Party.

Held, that the Court has no power to order the Sheriff to sell Goods which are of a perishable nature, and which have been seized under a writ of attachment before judgment; *pendente lite*.

The Plaintiff in this cause, [illegible] affidavit in the usual form, issued a Writ of *Saisie arrêt* before judgment, and caused the whole of the Stock in Trade of

the Defendant, Louis Piché, an Absconding Debtor, to be seized and placed under the care and in the custody of a special guardian appointed *ex officio* by the seizing Bailiff.

Léon Piché, a Creditor also of the Defendant, intervened in the cause, praying to be paid *au marc la livre*, with the other Creditors of the Defendant, who has left the Country for parts unknown, and who is insolvent, *en déconfiture*.

The Plaintiff, in order to proceed to judgment against the defendant, caused the usual advertisements to be inserted in some newspapers as directed by law, with regard to absentees. In the interval of the two month's delay required for the appearance of the Defendant, which will extend over the months of April and May, 1857; the Plaintiff, with the consent, and upon the affidavit of the Intervening Party, on the 27th March, 1857, moved, that in the interest of all parties concerned, the Sheriff be authorised to sell the goods seized in the cause, the proceeds whereof to await the final judgment of the Court. The reasons given in support of the motion were:—

1st.—That said goods are of a perishable nature.

2nd.—That the lease of the store in which the stock in trade of the Defendant, was seized ends on the 1st May, 1857, before judgment can be obtained.

3rd.—That the guardian will be compelled on the 1st May, 1857, to remove the goods, and to store them elsewhere at a great loss and sacrifice.

4th.—That the goods are not insured.

5th.—That the guardianship of said goods is expensive; and the authorities referred to by the Honorable Judge who pronounced the judgment were cited in support of the application.

Day, J. The application made in this cause cannot be granted. We have looked into the authorities cited at the Bar, and we find that they apply to causes of *Saisie revendication* only.

In the case of Wurtele *v.* Verrault and Brooks *et al*, Intervening Parties, reported in the 3rd Vol., Revue de legis. and de Juris. page 394, such a permission was granted in a *saisie revendication* by the late Court of Queen's Bench at Quebec, composed of the late Sir James Stuart, Mr. Justice Aylwin, and the late Mr. Justice Panet. However, the Court was not unanimous. The opinion of Sir James Stuart, who dissented from the majority of the Court, was, that the Plaintiff in that case should be put in possession of the property seized in giving security.

The authority from Pigeau, 1st Vol., pp. 114, 115, 116, applies to the same kind of cases. The question in a *saisie revendication* is as to the proprietorship, but in the present suit, the property sought to be sold belongs undoubtedly to the Defendant; and the Court, in such a case, has no authority to order the Sheriff to sell the Goods of a party impleaded before the Court, without a judgment being first had in due course of law. In fact such a permission could not be granted without a violation of the fundamental principles of law and justice.

Cherrier Dorion & Dorion, for Plaintiff.

Lafrenaye & Papin, for Intervening Party.

(P. B. L.)

MONTREAL, 31st MARCH, 1857.

Coram DAY, J., MONDELET, (C.) J., CHABOT, J.

No. 601.

Howard et al., vs. Childs et al., and Childs et al., Plaintiffs, En Gar., vs. Chapman et al., Defendants, En Gar.

Held, that it is not competent for one set of Corporators who may be sued, in respect of debts due by the Corporation of which they are members, as if they were members of *a mere Co-partnership*, to call in their Co-corporators in an action *en Garantie*, to indemnify them against their proportionate share of loss.

This was an action *en Garantie*, brought by the defendants, who were sued in the original action as contractors and manufacturers, carrying on business with divers persons unknown to the plaintiffs, *in Co-partnership* as such contractors and manufacturers, under the name, style, and firm, of the Montreal Railroad Car Company.

The declaration *en garantie*, after setting forth the claims of the plaintiffs, as stated in their declaration, alleged that the defendants, *en garantie*, were *Stockholders* in the said Montreal Railroad Car Company; that such company was an *Incorporated* Joint Stock Company, under the provisions of the provincial statute, regulating the incorporation of joint stock companies for manufacturing, mining, mechanical, or chemical purposes; and that the debt so claimed by the plaintiffs was entered into by and for "the purposes of the said company's business." And the conclusions of the declaration were to the effect that the defendants *en garantie* should be bound to intervene in the original action, and guarantee and indemnify the said plaintiffs, *en garantie*, from their proportion of the demand claimed by such original action.

Three of the Defendants, *en garantie* filed a demurrer to the action *en garantie*, and in effect, assigned the following, amongst other reasons, in support thereof:—

That the liabilities or causes of action set forth in the declaration in the original action are those of an *ordinary private partnership*, while those detailed in the declaration in the action *en garantie*, are those of a corporation, legally constituted and existing as such under the laws of this province. And that consequently no action *en garantie* could be brought against the defendants *en garantie*, who are alleged to be with the plaintiffs, *en garantie*, members of such *corporation* only, and not members in any way of such *private partnership*.

Day, J. There is no doubt in the minds of the members of the court as to the right of a debtor to sue his co-debtors *in solido*, in an action *en garantie*, to guarantee him against their proportionate liability.—Merlin Rep., *verbo garantie*, p. 187.—Nouv. Den, *verbo garantie*, p. 879, part 10. But this is not the action brought here. The governing allegation in the present action *en garantie* is, that the plaintiffs and defendants *en garantie* are *incorporated* as a Joint Stock Company, and that the debt which is the subject matter of the original action was contracted by and for the purposes of such company. Now, if this be the case, there can be no action by one set of corporators against another set of corporators. If there be any thing defective in the organization of

this so called corporation, it ought to have been alleged, and the action *en garantie* specially based on the fact that altho' the parties interested had intended to take all necessary steps to cause themselves to be legally incorporated, they had failed to do so, and had carried on business together as if they were duly incorporated. As the declaration stands, however, it is impossible it can be maintained, and the demurrer is therefore maintained, and the action, *en garantie* dismissed.

Demurrer maintained and action *en Garantie* dismissed.

A. & G Robertson, Attorneys for Plaintiffs *En Gar.*

F. Griffin, Q. C., Attorney for Defendants *En Gar.*

Bethune & Dunkin, Counsel.

(S. B.)

31ST MARCH, 1857.

Coram Day, J., Mondelet, (C.) J., Chabot, J.

No. 546.

Stirling et al. v. Darling, and Fowler Oppt., En sous ordre to Plaintiffs.

Held, that an opposition, *en sous ordre*, being a procedure in the nature of a *saisie arrêt*, must be either founded on a judgment, or supported by the ordinary affidavit required in the case of an attachment before judgment. And moreover, that money paid by the defendant to the sheriff, in satisfaction of an execution, was the property of the plaintiffs, and not susceptible of being treated as money levied under such writ. And that the sheriff had no right in such case to deduct his commission and the Court House Tax.

Two motions were made, one to reject an opposition *en sous ordre* to the plaintiffs fyled by the opposant, Fowler, on the ground that the opposition was neither founded on a judgment nor supported by an affidavit, such as by law required for the attachment of monies before judgment, and the other for an order on the sheriff to pay over to the plaintiffs the amount received by him from the defendant, in satisfaction of the plaintiffs execution, on the ground that such amount was the property of the plaintiffs, and could not legally be returned into court by the sheriff, as money levied in virtue of such execution.

The opposition was based on an alleged claim for freight, and contained an averment that the plaintiffs were Trustees of an Insolvent Estate, and had no other means, in this Province, than the monies levied in the cause, to pay the opponent's claim, that they were, moreover, *en déconfiture*, and that unless the opposant were paid out of the monies in the hands of the sheriff, he would lose his debt, and be deprived of his remedy; but the opposition was wholly unsupported by affidavit.

Day, J. In the opinion of the court both these motions must be granted. As regards the first, it is quite certain that under the law as it exists in this country, whatever may have been formerly the practice in France, an opposition of this kind, which is a procedure in the nature of a *saisie arrêt*, must either be founded on a judgment, or supported by an affidavit, in the form required by our pro-

Stirling et al. v. Darling & Fowler.

vincial statute. And as regards the second, it has been repeatedly held, * that monies paid to the sheriff, in satisfaction of an execution, are the property of the party serving out such execution, and ought never to be returned before this court as money levied. The duty of the sheriff is immediately to hand over the amount so paid him to the party suing out the writ, and he has moreover no right to deduct therefrom, or in any way to exact payment of his usual commission of 2½ per cent., and the Tax of 1 per cent. for the building of the Court House.

Motions granted.

Henry Stuart, Counsel.
J. Popham, Attorney for plaintiffs.
Cross & Bancroft, Attorneys for opposants *en sous ordre*.

(S. B.)

MONTREAL, 31st MARCH, 1857.

Coram Day, J., MONDELET, J. C. J., CHABOT, J.

No. 256.

Domina Regina, on the Petition of Ira Gould for *Certiorari* v. The Hon. Joseph Bourret, Recorder.

Held, that the Recorder is exempted by Statute from making any Record whatever of the Evidence adduced before him, and consequently that the Superior Court has no means of testing a question of jurisdiction, the solution of which is dependent on the precise character of such evidence.

This was an application to quash a judgment rendered by the Recorder of the City of Montreal, on the 28th day of November, 1855, condemning the Petitioner Ira Gould, on the complaint of the Corporation of the said City, to pay them the sum of £56 5s., for duty imposed by Bye-Law No. 185, on the business of Miller, carried on by the said Ira Gould in certain premises on the South side of Basin No. 2 of the Lachine Canal, in the Saint Ann's Ward of the said City.

The reasons assigned in support of the application were as follows:—

Firstly. Because the said Recorder's Court had no Jurisdiction over the subject matter of the said complaint and could not by Law take any cognizance of the same.

Secondly. Because the lots of ground upon which the said duty is sought to be imposed are in fact a part or portion of the grounds and property owned by and vested in Her Majesty, Her Heirs and Successors, and under the control and direction of the Commissioners of Public Works of this Province, that is to say, of the Commissioners appointed for making, superintending, repairing and improving the Lachine Canal, and the other part of the said lots of ground

---

* Ryan et al. v. Woods et al.—April Number of the *Jurist*, p. 85, and *Note*.

Similar judgments as regards the necessity of an affidavit, in support of a like opposition were rendered during April Term, 1857, of the S. C., in the case No 253 Hall v. Douglas & McDougall & al., opposants, and Smith & al. opposants, *en sous ordre*.

being and forming part of the grounds being and forming part of the Harbour of Montreal and vested in and under the control and management of the Harbour Commissioners of Montreal.

Thirdly. Because by the Assessment Books for the then Current Civic year it did not appear and was not therein stated, that the said Ira Gould was a trader, manufacturer, or indeed was any designation as to his occupation, trade or calling, therein given or mentioned.

Fourthly. Because the said Judgment rendered on the twenty-eighth day of November last past, in the said cause, was so rendered contrary to Law, without sufficient evidence being adduced in support of the claim or prosecution, and in defiance of the legal evidence adduced by the Defendant in support of his Pleas.

Day, J., The question of jurisdiction raised by the present application is entirely dependent on the truth of certain facts invoked by the Petitioner, in support of his application, and on reference to the Recorder's return to the Writ of *Certiorari*, we find no evidence whatever on the subject. It would appear that several Witnesses were examined by the parties interested on both sides, but the nature of the evidence adduced is nowhere disclosed by the return. And as the Recorder is plainly exempted by the Statute from taking notes or making other record of evidence,* it is out of the power of the Court to grant any aid to the Petitioner. Application rejected and Writ of *Certiorari* quashed.†

Henry Stuart, Attorney for Petitioner.

J. F. Pelletier, Attorney for the Corporation.

(S. B.)

MONTRÉAL, 31 MARS, 1857.

Coram Day, J., C. Mondelet, J., Chabot, J.

No. 725.

Quintin et al., v. *Girard et ux.*

Held,—que l'existence d'un testament de quelque nature qu'il soit, exclut toute demande en légitime.‡

Les Demandeurs réclamaient par leur action leur légitime dans la succession d'Angélique Favreau leur mère et belle-mère décédée le 10 mai 1854. Ils alléguaient qu'elle était décédée intestat ;

Qu'elle avait fait des avantages considérables à quelques-uns de ses enfants, Défendeurs en la cause ; tandis que les Demandeurs n'ont rien reçu d'elle soit par acte entre-vifs ou de dernière volonté ;

---

* The precise provision of the Statute is to the effect, that the Clerk of the Recorder's Court shall not be bound "to take in writing the depositions of the Witnesses or of "parties examined in the said Court."

† A motion was made by the Petitioner, after the return to the Writ of *Certiorari*, for an Order on the Recorder to compel him to return the evidence, but for the reasons assigned in the final judgment the motion was rejected.

‡ Coût de Paris, Art. 298. 1 Ben. 111, Ch. 4

Quintin et al., v. Girard et ux.

Que si elle n'eut pas disposé de tous ses biens par acte entre-vifs, elle aurait laissé dans la masse des biens à partager dans sa succession des valeurs considérables ;

Qu'elle n'avait pas laissé de biens suffisants pour leur fournir leur légitime.

Les Défendeurs plaidèrent diverses exceptions. Par leur première exception, ils invoquèrent un testament fait par la défunte en 1845, et qu'elle n'avait jamais révoqué, par lequel elle instituait tous ses enfants, ses légataires universels.

En réponse à cette défense, les Demandeurs prétendirent que les légataires avaient renoncé à leur legs et que ce testament n'avait eu aucune exécution et qu'au surplus la défunte n'avait laissé à son décès aucuns biens ; ce qui ne paraît pas avoir été prouvé, excepté par la production de l'Inventaire de la succession d'Angélique Favreau. La question était de savoir si ce testament excluait les Demandeurs de leur droit d'action et si d'ailleurs ils avaient suffisamment constaté que la défunte n'avait rien laissé dans sa succession.

Le Jugement de la Cour est motivé comme suit :

La Cour..... Vû que les Demandeurs n'ont pas allégué en leur demande ni prouvé que la nommée Angélique Favreau n'a pas laissé de biens dans sa succession, suffisamment pour fournir aux Demandeurs leurs légitimes ;

Vû que la dite Angélique Favreau n'est pas décédée *intestat* tel qu'allégué dans la dite demande et qu'au contraire elle a disposé de tous ses biens par son testament solennel reçu devant Mtre. Demuy, Notaire, et témoins en date du 6 août 1845, telle qu'elle en avait le droit par la loi, en faveur de ses enfants au nombre desquels sont les Demandeurs et Défendeurs qu'elle a institués ses légataires universels ;

Vû qu'il n'appert pas en preuve que les dits légataires universels ont renoncé au dit legs et vû que les Défendeurs ne sont pas tenus en loi, d'après la preuve faite en cette cause, de payer la légitime réclamée en cette cause ;

Déboute et renvoie l'action des Demandeurs avec dépens.

Cherrier, Dorion et Dorion, avocats des Demandeurs.

Ouimet, Morin et Marchand, avocats des Défendeurs.

(P. B. L.)

MONTRÉAL, 31 MARS, 1857.

Coram DAY, J., MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 1707.

Wilson v. *Pariseau et Simard* opposante.

Jugé :—que pour établir la séparation de biens contractuelle, la femme doit stipuler en sa faveur par son contrat de mariage, la gestion et administration de ses biens.

L'Opposante en cette cause, l'épouse du Défendeur, fit une Opposition afin de distraire à la vente des biens meubles saisis sur son mari.

Dans son Opposition elle alléguait être séparée de biens d'avec le Défendeur son époux, par son contrat de mariage et elle concluait *seule* à la distraction des effets saisis et à la main levée de la saisie-mobilière.

Wilson v. Pariseau & Simard.

Le Demandeur contesta cette Opposition par une fin de non-recevoir par laquelle il alléguait :

" Que la dite Opposante ne peut ester en justice et est incapable de ce faire, " en autant que par le contrat de mariage entre elle et son époux, le Defendeur, " et par elle en partie allégué en sa dite Opposition ; la dite Opposante n'a point " stipulé en sa faveur la gestion ou administration de ses biens ; mais bien au " contraire, il fut convenu et stipulé que le dit Défendeur aurait l'administration, " gestion et jouissance des biens de la dite Défenderesse sans pouvoir les aliéner, " engager ou disposer en aucune manière quelconque, mais en toucherait et " percevrait les revenus, rentes et profits sur ses simples quittances qui vaudraient " à toutes fins que de droit.

" Que par le dit contrat de mariage, le dit Défendeur s'est obligé de subvenir " à tous les frais du ménage.

" Que partant le dit contrat ne contient qu'une clause d'exclusion de com- " munauté.

" Que le dit contrat de mariage *en ne donnant pas à la dite Opposante le* " *droit de jouir séparément de ses biens, mais établissent seulement qu'il n'y aurait* " *pas de communauté*, n'opère pas une séparation contractuelle entre elle et le " Défendeur.

" Que partant la dite Opposante n'étant aucunement séparée de biens d'avec " son époux, le dit Défendeur ne peut ester en justice et est non recevable en sa " dite Opposition."

Lors de l'audition au mérite le Demandeur cita les autorités suivantes pour établir la distinction entre l'exclusion de communauté et la séparation de biens contractuelle.

Pothier, Communauté, No. 461, de la clause d'exclusion de Communauté. " On peut " convenir, par contrat de mariage, qu'il n'y aura aucune communauté de biens entre " les conjoints."

—De la Séparation Contractuelle, No. 464.—" On peut convenir, par un contrat de " mariage, que non seulement il n'y aura pas de communauté de biens entre les conjoints, " mais que chacun d'eux jouira séparément de ses biens.. On appelle cette convention " *séparation contractuelle*."

Pothier : Traité de la puissance du mari, No. 62. " La séparation donne à la femme " le pouvoir d'administrer ses biens..... donner les demandes qui concernent " cette jouissance, et y défendre sans le consentement de son mari qui n'y a aucune " intérêt."

14 Toullier, nos. 12, 13 et seq :

3 Vol. Grand Com., de Ferrière, p. 181, no. 6.

1 Vol. Pigeau, Ed. de 1779, pp. 66, 71, 72.

Mondelet, J., Il peut se faire que le contrat de mariage a été dressé contrairement à l'intention des parties contractantes, mais il est certain que si les parties ont eu l'intention de stipuler une separation de biens ; les principes du droit sur la matière ont été confondus par le Notaire instrumentaire, car le contrat ne contient qu'une exclusion de communauté entre les conjoints ; en sorte que sous ces circonstances l'Opposante est non-recevable en son Opposition.

Le Jugement est motivé ainsi :

La Cour... " Considérant que l'Opposante a pris dans son Opposition qualité

Wilson & v. Pariseau & Simard.

" de femme séparée quant aux biens par séparation contractuelle, et que par son " contrat de mariage qu'elle produit, il appert qu'il n'y a pas eu entre elle et son " mari une séparation contractuelle, mais bien et seulement une exclusion de " communauté, et que les effets et les conséquences de l'un sont en loi, différentes de l'autre ; maintient la contestation du dit Charles Wilson, et déboute " l'Opposition de la dite Opposante, le tout avec dépens."

Lafrenaye et Papin, Avocats du Demandeur.

Cherrier, Dorion et Dorion, Avocats de l'Opposante.

(P. R. L.)

MONTRÉAL, 31 MARS, 1857.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 583.

Voyer v. *le Maire, les Echevins et les Citoyens de la Cité de Montréal.*

ANCIEN COURS D'EAU.

Jugé :—que les Défendeurs sont tenus de remplir un ancien cours d'eau qui porte préjudice à la propriété située dans les limites de leur administration.

Le Demandeur par sa déclaration alléguait ; qu'il existe un ancien cours d'eau qui prenant sa source dans des terrains marécageux au pied du Côteau Barron venait frapper sur les fondations de sa maison ;

Que cette maison n'avait été bâtie qu'après que ce cours d'eau fut rempli par les Défendeurs dans sa partie inférieure à la propriété du Demandeur ;

Que le cours des eaux se trouvant arrêté par les fondations de sa maison, elles causaient de grands dommages à cette bâtisse ;

Que des fissures et ouvertures se faisaient déjà remarquées dans différentes parties des gros murs qui menaçaient ruine ; et que les Défendeurs refusaient de combler ce ruisseau

Le Demandeur concluait à ce que les Défendeurs fussent condamnés à lui payer £500 de dommages ; à ce que les Défendeurs fussent de plus condamnés à combler ce cours d'eau, et à défaut par eux de ce faire, à ce qu'il y fut autorisé, et enfin à ce qu'à défaut par les Défendeurs de défaire et combler le dit ruisseau, canal ou cours d'eau comme susdit dans le délai à être fixé et en autant qu'il pût être impossible pour le Demandeur de le défaire et combler aux frais des Défendeurs ; ces derniers fussent condamnés alors à payer au Demandeur la somme de cinq livres courant chaque semaine durant laquelle ou lesquelles les dits Défendeurs négligeraient de se conformer et obéir au dit Jugement à intervenir en cette cause.

Les Défendeurs ayant opposé une défense au fonds en fait à cette action, les parties procédèrent à la preuve.

Une expertise fut ordonnée par la Cour pour constater si la partie de ce cours d'eau qui était au-dessous de la propriété du Demandeur avait été comblée avant l'érection de la maison du Demandeur et ce fait fut constaté par le rapport des experts.

Voyez Le Maire, les Echevins et les Citoyens de la Cité de Montréal.

Par son Jugement la Cour n'accorde pas de dommages, mais elle ordonne aux Défendeurs de combler ce ruisseau.

Le jugement de la Cour est comme suit :

"The Court..... Considering that the Plaintiff hath established by "evidence the material allegations of his Declaration in so far as his right to "recover Judgment in the manner herein after declared is concerned, doth "adjuge and condemn the Defendants, on or before the first day of May next, "after service upon them of this Judgment, to fill up the said water course in "such manner as to prevent the same from causing damage or injury to the "Plaintiff's building and premises in the said Declaration described; and in "default of their so doing within the said term; the Court doth condemn the "Defendants to pay to the Plaintiff the sum of £50 for his damages by reason "of such default, and doth authorize and permit the Plaintiff to fill up the said "water course in the manner aforesaid, at the costs, risks and expenses of the "Defendants; the whole with the costs of this action; and as to any other "matter or thing by the Plaintiff in and by his said action demanded; the "Court considering that the Plaintiff hath not a right by law to recover accord-"ing to such other conclusions; doth dismiss the same."

Richer, pour le Demandeur.

P. R. Lafrenaye, Conseil.

J. F. Pelletier, pour les Défendeurs.

(P. R. L.)

MONTRÉAL, 31 MARS, 1857.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 600.

Kay, Appelant, v. *Simard*, Intimé.

DEUX DOMICILES.

Jugé;—1o. Que le véritable domicile d'un débiteur est dans le lieu de ses affaires; quoique sa famille réside ailleurs;

2o. Qu'en Canada l'on ne peut posséder qu'un seul et unique domicile.

L'Appel interjeté par John Kay, était d'un jugement rendu par la Cour de Circuit du Circuit de Terrebonne qui avait renvoyé son opposition au jugement, fondée sur ce que l'assignation qui avait été faite à sa famille dans la paroisse de St. Lin était nulle, vû que son domicile était alors en la Cité de Montréal.

Day, J.—La signification de l'action portée devant la Cour de Circuit a été faite à une maison dans laquelle la famille de Kay résidait. Lui-même demeure à Montréal et y fait des affaires; mais il est réputé le propriétaire de la terre sur laquelle sa famille demeure et de la maison dans laquelle cette signification a eu lieu.

Il est dans le cas de se rendre souvent sur cette terre et de s'y livrer à la culture. Plusieurs des effets vendus par Simard l'ont été pour l'usage de la famille de Kay.

Kay v. Simard.

Merlin vbo. Déclinatoire, soutient le principe qu'un homme peut avoir deux domiciles dans chacun desquels il passe une partie de l'année. Ceci était reconnu par la loi en France pour les personnes de fortune.

L'analogie, en cette circonstance, me porterait à maintenir la décision rendue par la Cour de Circuit qui a considéré que l'assignation faite dans la famille de Kay était suffisante.

Mondelet, J.—Kay n'est pas un homme de fortune. Il est commis à Montréal; c'est le siége de ses affaires et ce qu'il gagne sert à faire marcher ses affaires et celle de sa famille à St. Lin. Je considère qu'en Canada il ne peut y avoir qu'un seul domicile reconnu par la loi; en sorte qu'il nous faut rechercher le véritable domicile; car il ne se présume pas.

Les faits de la Cour constatent que Kay a toujours résidé à Montréal pour la transaction de ses affaires et que lorsqu'il se rendait à St. Lin, ce n'était que pour des intervalles de tems bien courts et qu'il n'y a jamais résidé lui-même.

Le jugement de la Cour est motivé; celui de la Cour de Circuit est infirmé:

La Cour..... Considérant que l'Appelant, Défendeur en Cour Inférieure, n'a pas été assigné à son domicile, lequel lors de la signification de l'action dans la Cour Inférieure était en la Cité de Montréal, et non à St. Lin, et qu'en conséquence la signification en la dite cause est nulle, et qu'à raison de ce, il a été mal jugé par la Cour Inférieure qui aurait dû débouter la dite action; Infirme, casse et met de côté le jugement ainsi rendu par la Cour Inférieure, et procédant à rendre jugement qu'eut dû rendre la Cour Inférieure, déclare nulle et met de côté la dite assignation et déboute l'action du dit Simard, et le condamne aux dépens tant sur le présent Appel qu'en Cour Inférieure.

M. le Juge Day ne concourt pas dans ce jugement.

De Bleury, Avocat de l'Appelant.

Prévost, Avocat de l'Intimé.

(P. R. L.)

MONTRÉAL, 31 MARS, 1857.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 1216.

Benoit v. *Tanguay*, et *Tanguay* Demandeur en garantie, v. *Bouthillier* Défendeur en garantie.

Jugé:—1o. que l'action hypothécaire pour douaire préfix ne peut pas être repoussé par une exception alléguant; que le Demandeur est tenu de s'adresser d'abord au dernier acquéreur et ainsi de suite, en remontant jusqu'au premier. (1)

2o. Que cette exception ne peut être invoquée qu'à l'égard du douaire coutumier. (2)

La Demanderesse principale poursuivait hypothécairement le Défendeur principal pour le montant d'un douaire préfix constitué en vertu du contrat de marriage de feu Joseph Benoit, son père.

(*) Rép. page 121, Ed. de 1826.

(1) Les autorités suivantes ne s'appliquent qu'au douaire coutumier: Pothier, traité du douaire nos. 87, 190, 191 et 342.

(2) Le douaire préfix est simplement une réclamation hypothécaire sur tous les biens indistinctement: no. 344, in fine.

Benoit v. Bouthillier.

Le Défendeur ayant appelé son garant; le Défendeur en garantie prit son fait et cause et répondit à cette action hypothécaire par trois exceptions péremptoires.

Par ses exceptions il alléguait; que la Demanderesse principale était tenue de diriger son action [illegible] lieu contre les détenteurs des héritages qui avaient été aliénés les [illegible] jugement de distribution une somme de £260 12s. 1d. [illegible] mains de l'adjudicataire de certains immeubles saisis et ven[illegible] sur son défunt père;

Que ratification [illegible] obtenue par l'un des détenteurs des héritages de la succes[illegible] et que la Demanderesse douairière n'avait pas fait d'Opposition, quoiq[illegible]naire fut alors ouvert; et enfin que par une transaction intervenue e[illegible] Charles Tétu son cessionnaire et divers autres, le dit Tétu en sa qualité de cessionnaire des droits de la Demanderesse au dit douaire moyennant £40, avait déchargé une terre hypothéquée à ce douaire qui valait alors £500 montant plus que suffisant pour payer ce douaire et que par son fait elle s'était mise dans l'impossibilité de céder ses droits et actions au Défendeur en garantie contre les détenteurs de cette terre.

Par ses exceptions le Défendeur en garantie concluait simplement au renvoi de l'action.

La Demanderesse répondit en droit à ces trois exceptions.

A la première, entr'autres raisons les suivantes sont données: "Que par la "loi du pays, la Demanderesse, n'était pas obligée de poursuivre le recouvre-"ment du douaire stipulé en sa faveur dans le contrat de mariage de feu Joseph "Benoit, contre les détenteurs d'héritages aliénés depuis celui désigné en la "déclaration en cette cause.

"Que la demanderesse pouvait en loi demander le paiement du dit douaire à "aucun des détenteurs d'héritages qui y étaient hypothéqués sans égard à "l'époque de leur aliénation par le dit feu Joseph Benoit."

A la seconde: "Que la Demanderesse n'était pas obligée en loi de s'adresser "aux détenteurs d'héritages affectés au dit douaire qui avaient retenu entre "leurs mains le prix des immeubles par eux achetés pour se garantir du "douaire."

A la troisième: "Que la Demanderesse n'était pas obligée de céder ses droits "sur aucun immeuble en particulier mais que le Défendeur en garantie ne "pouvait exiger qu'une subrogation dans les droits de la Demanderesse tels "qu'ils pourraient exister lors du paiement qu'il ferait du douaire." (1)

Day. J.—Le principe invoqué par le défendeur en garantie que la douairière doit s'adresser aux derniers acquéreurs et en remontant aux anciens ne s'applique qu'à une demande pour douaire coutumier et non pas au douaire préfix. Cette doctrine est établie par tous les auteurs et elle doit s'appliquer de même au fait que l'adjudicataire a retenu entre ses mains certaines sommes de deniers pour rencontrer en partie le paiement de ce douaire.

La douairière n'était pas tenue pour la même raison de former Opposition à

(1) ? Toullier, no. 172, Code Civil, art. 2037. 15 Sirey, 1, p. 242, Pothier, traité des Obligations no. 280.

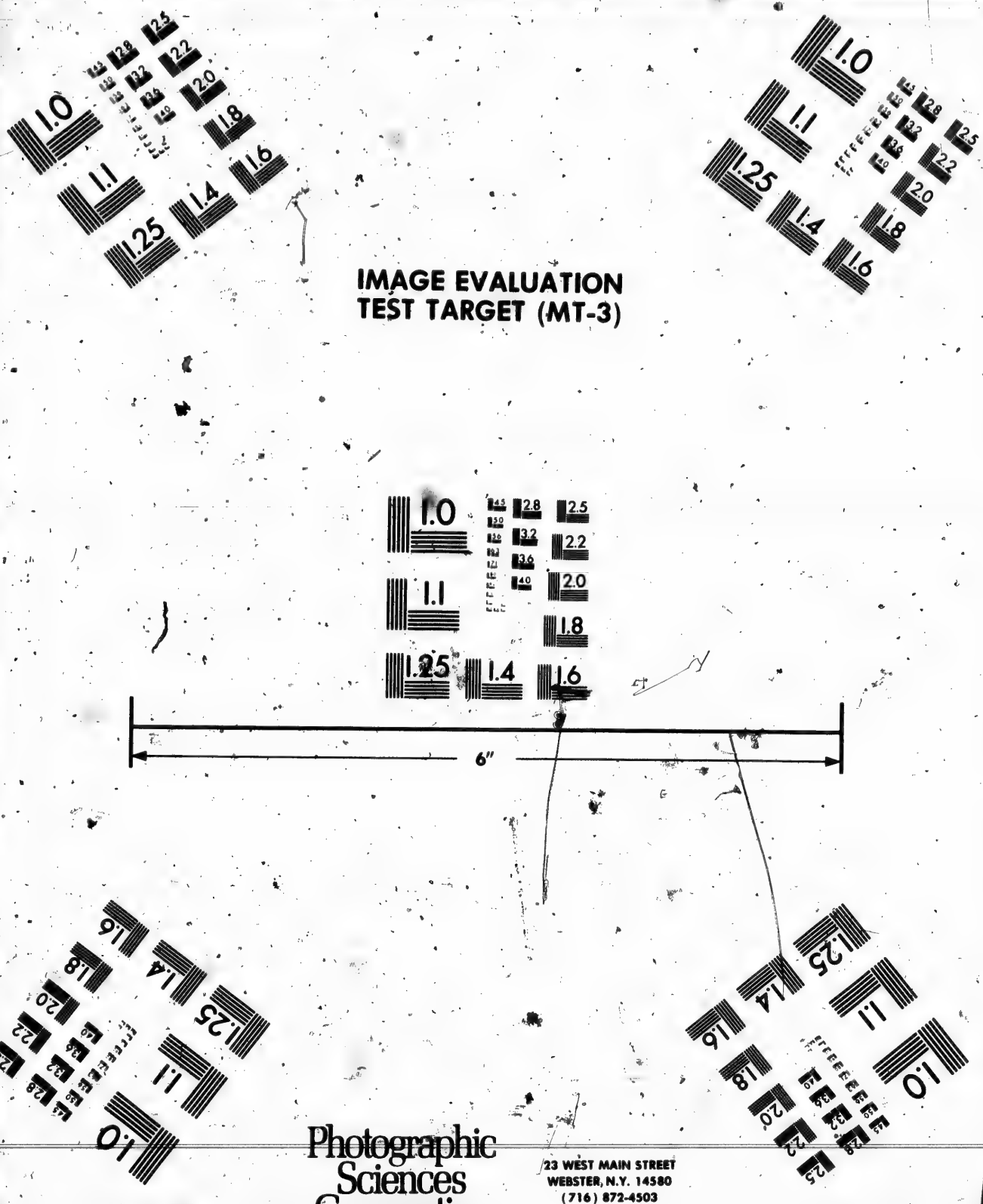


IMAGE EVALUATION
TEST TARGET (MT-3)
1.0
1.1
1.25
1.4
1.6
1.8
2.0
2.2
2.5
2.8
3.2
3.6
4.0
6"
Photographic
Sciences
Corporation
23 WEST MAIN STREET
WEBSTER, N.Y. 14580
(716) 872-4503

Benoit v. Bouthillier.

la demande en ratification de titres par un acquéreur d'un héritage dépendant de la succession ; car le tiers détenteur sous les circonstances que présente cette cause ne peut opposer ce moyen à la demande pour douaire préfix.

Le dernier point de la Défense serait bon s'il eut été suffisamment formulé.

La transaction qui a eu lieu le 15 décembre 1854 et par laquelle la terre dont il y est question a été affranchie de toute hypothèque au regard de ce douaire a eu l'effet de rendre la Demanderesse incapable de subroger le Défendeur dans ses droits et actions sur cette terre, lors du paiement qu'il lui ferait de ce douaire; mais ce moyen est invoqué d'une manière insuffisante, en autant qu'il n'est pas allégué quelle est la proportion que la valeur de cette terre comporte eu égard aux biens affectés au douaire.

Le Défendeur en garantie aurait dû plaider cette proportion ; en demander la déduction sur le montant du douaire réclamé en cette cause et conclure à la subrogation pour le montant à être ainsi établi ; et le jugement n'aurait été rendu alors que pour la différence.

Exceptions renvoyées.

Cherrier, Dorion et Dorion, avocats de la demanderesse principale.

Laframboise, Papineau et Chagnon, avocats du défendeur en garantie.

(P. R. L.)

MONTREAL, 31 MARS, 1857.

Coram DAY, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 1664.

Bouthillier, v. *Turcotte.*

SOCIÉTÉ—DISSOLUTION.

Jugé,—que la seule action qu'un associé peut exercer contre son co-associé, après la dissolution de leur société, pour les fins de cette société; est l'action *pro socio*; et non pas une action en dommages basée sur le prétexte qu'il s'est emparé des biens de la société.

Par son action le Demandeur alléguait : que lors de la dissolution de leur société, il n'y eut aucune liquidation de leur société et qu'il n'y en a pas encore eu.

Que le Défendeur s'est emparé de tous les biens de la société depuis sa dissolution ainsi que des livres de comptes ;

Que le Demandeur ne peut avoir accès aux dits livres de comptes ;

Que le Défendeur avec l'intention de s'approprier la clientèle du Demandeur a commis divers actes ; (qui sont énumérés au long en la Déclaration.)

Que le Défendeur retire constamment des débiteurs de la société des sommes considérables et n'en rend aucun compte.

Que pour toutes ces causes le Demandeur était bien fondé à réclamer £300 de dommages.

Le Défendeur répondit à cette action par une défense au fonds en droit formulée comme suit :

Que les allegués du Demandeur en sa déclaration pourraient tout au plus justifier une demande en reddition de compte et règlement de société, mais nullement une action de dommages. Bouthillier v. Turcotte.

Que le Demandeur ne pourrait réclamer des dommages du Défendeur pour les causes mentionnées en sa déclaration, qu'après avoir mis le Défendeur en demeure de régler les affaires de leur société et rendre compte, ce qui n'est pas allégué.

Le Jugement de la Cour est motivé comme suit:

The Court..... Considering that the Plaintiff by reason of the matters in his declaration alledged, and by law, is not entitled to recover from the Defendant in the manner and form as in and by his said Declaration, he hath prayed, in as much as it appears by the allegations therein contained that no account has been rendered of the copartnership business therein mentioned, and no settlement whatever has been made of the affairs of the said copartnership; and considering that according to the laws of this Province, the respective rights of the parties can only be ascertained and settled by an action *pro socio;* doth maintain the said *défense en droit*, and dismiss the action of the Plaintiff with costs.

Laframboise et Papineau, avocats du Demandeur.
Cherrier, Dorion, Dorion, avocats du Défendeur.
(P. R. L.)

MONTREAL, 30TH APRIL, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

No. 2177.

Badeau, v. Brault et ux.

Held, that a Promissory Note, signed by a wife *séparée de biens* from her husband, is null, if she has not been *authorized* by him; although the purchases were made by her.

Day, J.—In this cause, the Wife of Brault, the other defendant, is sued upon a Promissory Note, signed by them in favour of the plaintiff; by which they promised to pay jointly and severally, the sum of £26. 9s. 2d. The promissory note is for goods sold and delivered.

It is alleged and proved that the note was given for goods sold and delivered to the wife, Marie Eulalie Gauvin, *séparée de biens* from her husband; but all this will not cover the defect, the want of authority on the part of the wife in signing the note. It has been maintained in the Court of Appeals, in the case of Mrs. Glen, (1) that notwithstanding the separation of the wife, she cannot sign a note without the authority of her husband. The action is therefore dismissed with costs, to the wife upon her contestation, and it is also dismissed as to Brault, who is in default, no proof having been made of his signature. The Judgment is *motivé* as follows;—

(1) 1 Rev. de Leg. 414.

Badeau v. Brault et ux.

The Court..... considering that the plaintiff hath failed to prove the signature of the said Charles Augustin Brault to the promissory note, in this cause fyled; and further, considering that the plaintiff hath failed to shew, and that it doth not in any manner appear, that the said Marie Eulalie Gauvin, the defendant, was authorized by the said Charles A. Brault, her husband, to make and sign the said promissory note; and that by reason of the default of such authorization, and by law, the said promissory note is null and void, in so far as the said Marie E. Gauvin is concerned; maintaining so much of the exception fyled by her as relates to the said want of authorization; doth dismiss the said action with costs.

Action dismissed.

Vallée, for Plaintiff.

Leblanc & Cassidy, for Defendant.

NOTE.—A similar question arose in the following case in 1848.

No. 2615.

Rivet & al., v. *Léonard & vir.*

MONTREAL 16TH OCTOBER, 1848.

Coram ROLLAND, C. J., DAY, J., SMITH, J.

Held, that a Note signed by a wife, *séparée de biens*, is good, although not authorized by her husband.

Eulalie M. Léonard, wife of P. G. Lanctot, *séparée de biens*, being sued by the plaintiffs for the amount of her promissory note, dated 15th May, 1846, for £27 16s. 6d. in their favour, fyled a *Défense au fonds en droit*, containing the following grounds.

"1o. Parceque les Demandeurs n'allèguent pas que la Défenderesse, quoique séparée "de biens de son mari était autorisée de lui pour consentir le billet sur lequel est "fondée la présente action ou qu'elle fut marchande publique, lorsque elle a fait le dit "billet.

"2o. Parceque par la loi du pays, la femme séparée de biens [redacted] sous puissance "maritale ne peut faire que les actes administratifs de ses biens sans l'autorisation de son "mari, que le pouvoir de faire tout autre acte sans cette autorisation lui est dénié et que "les Demandeurs n'alléguent en rien que la passation du billet en question ait eu "aucune relation avec l'administration des biens de la Défenderesse Eulalie Léonard.

"3o. Parceque le billet en question est *prima facie* entièrement étranger à l'adminis"tration des biens de la dite Défenderesse, et qu'ainsi c'est un acte nul de plein droit et "qui n'a pu produire aucun effet, et que partant l'action des Demandeurs fondée sur "icelui ne peut être maintenue."

This demurrer was dismissed on the 24th April 1848, the Court being composed of Rolland, Chief Justice, and Day and Smith, Justices. Mr. Justice Day dissenting.

On the part of the Defendants, an exception similar to the *défense en droit* having also been fyled, the Plaintiffs answered specially that the note had been subscribed in their favor by the wife for groceries and necessaries furnished to her family. This special answer having been proved, the Court composed of the same Justices, gave Judgment in favor of the Plaintiffs as follows:

"La Cour après avoir entendu les parties par leurs avocats examiné la procédure, "pièces produites et preuve et en avoir délibéré, sans égard aux exceptions plaidées par "les Défendeurs, condamne la dite Défenderesse à payer aux Demandeurs la somme de "£27 16s. 6d., du cours actuel de la Province du Canada, montant du Billet promis"soire en date du 15 mai 1846, consenti par la dite Défenderesse payable aux dits "Demandeurs, etc., etc.

Action maintained.

Giard and Lafrenaye, for Plaintiffs.

Drummond and Loranger for Defendants.

(P. R. L.)

MONTREAL, APRIL 30, 1857.

Gorrie v. Herbert & Herbert.

Coram DAY. J., SMITH, J., CHABOT, J.

No. 94.

Gorrie v. *Herbert & Herbert, Opposant.*

HELD—That a Writ *de terris*, issued for the satisfaction of an hypothecary Judgment for a sum less than £10 cy., should direct the Sheriff to seize no other land than the one declared by the Judgment to be hypothecated; although no *délaissement* has been made. (1)

(1) 12 Vic.: ch. 38; sec. 70.

The original action was *en Declaration d'Hypotheque* for £9 15s., and Judgment was rendered for that amount, in the Circuit Court, for the Terrebonne Circuit. The Defendant fyled an opposition *à fin d'annuller* to the *Saisie immobiliere*, effected under a writ of *fi. fa. de Terris*, issued against the Lands and Tenements of the Defendant generally, though the immoveable property taken in execution was the same which had been declared hypothecated by the Judgment of the Circuit Court. The *Moyens* alleged in support of the opposition were various; but that principally relied upon by the opposant, was, that according to the requirements of the 70th section, 12 Vic., cap. 38, which prescribes the manner in which Judgment of the Circuit Court shall be executed,—the execution, in this case, should have been issued against the particular property *declared by the Judgment to be hypothecated*, and not against the Lands and Tenements of the Defendant generally. The Terms of the Section cited, as applicable to the case, are as follows:—

"Provided always, that for the satisfaction of any such Judgment, execution "shall (except in hypothecary actions) *go only* against the *moveable property* of "the party condemned, in cases where the sum of money, so awarded, shall not "exceed Ten Pounds Cy.; and in cases where the sum of money so awarded, "shall exceed £10 Cy., execution shall go not only against the moveable, "but also against the immoveable property of the party condemned, *as it shall* "*also in all hypothecary actions against the immoveable property declared by the* "*Judgment to be hypothecated, for the payment of the sum for which such Judg-* "*ment shall have been rendered, whatever be the amount demanded or recovered* "*in the suit;*" and in virtue of such writ, the Sheriff "is hereby authorized to "levy the sum mentioned in such writ, and the costs of execution, *upon and* "*from the immoveable property of the party against whom such Judgment* "*shall have been rendered, or upon and from the immoveable property declared by* "*the Judgment to be so hypothecated as aforesaid* (as the case may be) in the "manner and according to the rules and regulations of law, &c."

The Plaintiff contested this opposition, alleging that the land seized, was that which is declared by the Judgment to be hypothecated.

That by the Judgment, Defendant was ordered to *délaisser* within 15 days, and in default of his doing, was adjudged to be personally bound for the payment of the condemnation money.

That not having made a *délaissement*, the Defendant had become personally liable, &c.

Gorrie v. Herbert & Herbert.

The Opposant put in admissions of certain facts concerning the change of the Defendant's domicile. The proof of identity of the property seized, with the one declared hypothecated is to be found in the documents filed in the cause. Vide 1, L. C. Reports, page 106, Moreau & Riches.

Day, J.—In this cause an hypothecary action for less than £10 was brought in the Circuit Court for the Circuit of Terrebonne, and no *délaissement* was made by the Defendant. For the satisfaction of the Judgment, some lands were taken in execution. By the Judicature Act, no lands can be taken in execution for less than £10, except for the payment of an hypothecary Judgment, and then only the land declared hypothecated can be seized. It does not appear in this case, that the land seized upon the Defendant, is the identical land which was declared mortgaged by the final judgment rendered in this cause. This Writ is in general terms. The form of the Writ of Execution is bad. By the Writ in such cases, the Sheriff ought to be ordered to seize and sell the land hypothecated and no other. The opposition must be maintained, and the seizure declared null.

The Judgment is *motivé* as follows;—

The Court—Considering that by law, execution could only issue against the Lands and Tenements, in and by the Judgment in the said cause rendered, declared to be hypothecated and holden for the payment of the sum of £9 15s. 2d. Cy., dismissing the contestation by the Plaintiff in this cause filed, doth maintain the said Opposition with costs; and doth declare null and void, and set aside the seizure of the Lands and Tenements seized and taken in execution by the Sheriff of this District, in virtue of the Writ of *fieri facias de Terris* issued in this cause, and doth grant *main-levée* of the said seizure to the said Opposant.

Opposition maintained.

Le Blanc & Cassidy, Attorneys for Plaintiff.
A. Herbert, Attorney for Opposant.
C. R. Bedwell, Counsel.
(A. H.)

MONTREAL, 30TH APRIL, 1857.

No. 2467.

McCord, vs Bellingham & al.

Coram SMITH, J., C. MONDELET, J., CHABOT, J.

A Commissioner under the Election Petitions Act, 14 & 15, Vic., cap. 1, has a right of action against the party or parties on whose application he was appointed for the fees due him as such Commissioner.

This was an action by the Assignee of Wm. King McCord, Esquire, Circuit Judge; for his fees and expenses as Commissioner, under the Election Petitions Act, 14 & 15 Vic., cap. 1; to take evidence upon the contestation of the election of Sydney Bellingham, by Lemuel Cushing. The declaration set up the return of the sitting member, the petition against him, the application of the contesting parties to the Election Committee of the House of Assembly for the appointment of a commissioner; the nomination and acceptance of Mr. M'Cord, his performance of the duties, the time occupied in so doing, and the amount of his claim; con-

cluding for a joint and several condemnation against the two defendents, for the whole fees and expenses of the Commissioner.

The defendants demurred on the ground that no action was given to the commissioner for his fees, his remedy being to have his bill taxed by the proper officer, and collected under the authority of the House of Assembly; and they also pleaded an exception, setting up the same ground to which the plaintiff demurred; and on the two demurrers coming up for argument;—

Holmes, for Defendants, contended that no right to sue existed either under the common law or the statute; that by the 139th section of the election petitions act, a specific mode of recovery was provided, which consisted in the taxation of any claim of this nature by the speaker whose certificate was final as to the amount, and as to the person bound to pay; and that an action upon such taxed bill was the only one to which the commissioner was entitled.

Again, the defendants had entered into recognizances for the payment of the costs of this contest, and by the 133rd section of the statute, the same remedy was given the commissioner upon these recognizances as was allowed witnesses under the 139th section

But the plaintiff was too late in commencing the proceeding, as the 152nd section limited such action to six months after the decision of the House, which time had elaysed previous to the institution of this action.—Power, v. Bezean, 5. L. C., Reports 253.

Berthune, for plaintiff, replied:—That by the 130th section of the elective petitions act, it was declared that the commissioner should have the right to demand and receive from the parties concerned or interested in the election petition, upon whose application he had been appointed, fifty shillings per day, for his fees, besides his travelling expenses. This provision, without precise restrictions as to how the demand should be enforced, necessarily involved the right of enforcing payment by an ordinary action, which is a remedy allowed to every one to whom a debt is due. The 139th section imposed no restriction upon the commissioner, as by its terms it only applies to the costs payable to the parties themselves who are contesting, or to their witnesses. No question can now arise as to the plaintiff's remedy upon the defendant's recognizances or securities, as they are not brought in question, or even mentioned in the pleadings. As to the limitation in point of time fixed by the 152nd section, it only applies to indictments, informations, or actions for any offences committed against the provisions of the act; or for penalties incurred for such offences; and therefore does not in any respect apply to the present action.

The court were with the plaintiff upon all the points, maintained his demurrer to the defendants' exception, and dismissed their demurrer to the action.

Abbott & Baker, Attorneys for Plaintiff.

Rose & Monk, Attorneys for Defendant Cushing.

W. E. Holmes, Attorney for Defendant Bellingham.

(L. C. A.)

MONTREAL, 30th APRIL, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

No. 565.

McGinn, Appellant, & *Brawders*, Respondent.

APPEAL FROM THE CIRCUIT COURT FOR THE ST. JOHN'S CIRCUIT.

Rente Viagère.

Held, 1. That an Appeal will lie from a Judgment rendered by a Circuit Court dismissing a demurrer to a Declaration.(1)
2. That no action will lie for the payment of *réserves et prestations* not required at the different periods of time specified in a Deed of Gift *inter vivos*.

Day, J. This is an appeal from the Circuit Court for the St. John's Circuit from a Judgment rendered on the 10th February, 1857, dismissing a demurrer to the Plaintiff's action in the Court below.

The Plaintiff's *demande* was an hypothecary action for arrears of certain reserved rights such as *needful clothing* stipulated in a Deed of Donation made by Plaintiff to one Terence McGinn who took up the *fait et cause* of the Defendant, his Vendee; in the Court below.

This action was met by a *Défense au fonds en droit* containing two grounds: firstly, that there was no mortgage for the payment of said rights and reserves; secondly, that no demand was ever made for their exercise; that no *mise en demeure* was alleged to have been made upon the *Donataire* to furnish the clothing in question.

The Court here considers the demurrer good.

The Donee was bound to furnish for the season a certain quantity of clothing to the Donor, but instead of having ever called upon him for the same, the Donor clothed himself for a number of years. It is only when the land is sold to a third party that he claims a certain amount of money for such clothing as should have been furnished to him, had he required it, from year to year.

We are of opinion that there are no such arrearages of clothing under the circumstances of the case, and that the Donor cannot now convert this right of clothing into a right for money. The object of the Deed is to be clothed simply, and nothing further can be exacted.

We have already decided a similar point in the case No. 646, Allaire v. Bonier dit Plante; judgment rendered the 23d September, 1856. In this latter case, the Plaintiff had a right by a Deed of Gift to the use of a horse and calash when necessary for her immediate use. No demand was ever made for them and yet a pecuniary *value* was afterwards asked for the period of a certain number of years. Such rights, if left in abeyance cannot afterwards be converted into a demand for money.

The terms of the Judgment are as follows;

"The Court now here, having seen and examined the Record and proceedings in this cause, and heard the Parties by their Counsel, and having upon the

(1) This point was not contested by the Respondent upon the Petition in Appeal before the Superior Court. 12 Vic., cap. 38, sec. 53.

whole duly deliberated; considering that there is error in the said Judgment of the Court below inasmuch as the Plaintiff in and by his declaration in the said cause fyled; hath failed to allege that any demand was at any time made upon the said Terence McGinn by the said John Brawders for the clothing mentioned and specified as "*des vêtemens suffisants et convenables pour chaque saison de l'année*," in the said declaration, or that he the said Terence M'Ginn was in any manner put *en demeure* so as to enable the said John Brawders to demand and recover the value of the said clothing in money from him or from any other person, or to establish an hypothecation for the same upon the land in the said declaration described, and considering that by reason of the matters urged in support of the said *défense en droit* and by Law; the said declaration and action of the said Plaintiff John Brawders ought to have been dismissed; Doth reverse, annull and set aside the said Judgment of the Court below.

And the Court now here proceeding to pronounce the Judgment which the Court below ought to have rendered; Doth maintain the said *défense en droit* and dismiss the said action with costs, &c.

Demurrer maintained and action dismissed.

Doherty, Attorney for Appellant.

Delagrave, Attorney for Respondent.

(P. R. L.)

MONTRÉAL, 21 MARS, 1857.

Coram DAY, J., MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 577.

Mead v. *Reipert et al.*, *et Bouthillier*, Opposant.

Jugé;—que le Prothonotaire est tenu de dresser un rapport de collocation des deniers rapportés devant la Cour, quoiqu'il n'y ait qu'un seul Opposant; si les parties intéressées ne s'accordent pas sur la teneur de la motion à être faite pour la distribution de ces deniers.

Le Shérif du District de Montréal ayant fait son rapport à la Cour, sur le Writ *de Bonis* émané en cette cause contre les biens-meubles d'un des Défendeurs et comme par ce rapport il était constaté; que la somme de £44 14s. avait été prélevée par la vente des biens-meubles du Défendeur Reipert; l'Opposant Bouthillier produisit une opposition afin de conserver par laquelle il réclamait cette somme par privilége pour loyer. Cette Opposition fut la seule opposition produite dans la cause. Après l'expiration des délais pour produire Opposition, l'opposant donna avis au Demandeur qu'il ferait motion devant la Cour le 20 Mars 1857, pour être payé par privilége de bailleur, du montant entier prélevé par le Shérif. Cette motion ayant été contestée par le Demandeur qui prétendait qu'il avait droit à ses frais d'exécution et même à ses frais d'action, et qu'en outre il lui était loisible de contester cette opposition en aucun temps jusqu'à sa collocation définitive; la cour par son jugement rendu le 21 Mars 1857, a rejeté la motion en ordonnant aux parties de faire dresser un rapport de distribution par le greffier suivant le cours ordinaire de la pratique.

Day et Cramp, pour les Demandeurs.

De Bleury, pour l'Opposant.

Motion rejetée.

(P. R. L.)

MONTREAL, 18TH APRIL, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, J.

No. 29.

The Beacon Life and Fire Assurance Company of London, v. Whyddon.

Held, 1o. that a Plaintiff may plead new facts as matter of estoppel to the allegations of an *exception à la forme*.

2o. The sufficiency of those facts as estopping the defendant from sustaining his exception by the allegations objected to, cannot be tried by motion.

The Plaintiffs in this cause assumed in their declaration the character of a corporate body, incorporated under a general law of Great Britain providing for the incorporation of joint stock companies: but did not allege the details of the mode by which they had been so incorporated. The defendant was stated to have been their agent, and the action was for a balance of moneys remaining in his hands as such agent.

An *exception à la forme* was fyled by the defendant, on the ground that the declaration should have contained the title and description of the statute under which the incorporation had taken place: and the details of the proceedings which the Company had taken to incorporate itself.

The Plaintiff replied to this exception by alleging the appointment by them in their corporate capacity of the defendant as their agent, his acceptance of the office, his reception in that quality, of large sums of money for the corporation; of which the sum now claimed formed part; and his acknowledgment that the balance sued for was due. That under such circumstances he was estopped from denying their incorporation, and could therefore have no interest in demanding the particulars of it.

The defendant moved to reject the substantive allegations of the plea, as forming a departure from the declaration.

Hemming for defendant contended that it was impossible to take issue with the Plaintiff till means were afforded the defendant of knowing with whom he had to deal. Without the particulars, the want of which was objected to in the exception *à la forme* the identity of the Plaintiffs was not sufficiently established. The Plaintiff had introduced new facts into his answer to the exception for the purpose of supplying these defects in his declaration, which the Court could not permit; as the declaration must stand or fall upon its own allegations, and cannot be strengthened by extraneous matter introduced with an answer to an exception.

Abbott for Plaintiff urged that the new facts alleged in the answer to the *exception à la forme* were only introduced to shew that the declaration was not defective; or in other words to shew that defendant had no right to demand the information of which he complained of. It was an answer explaining the defendant's position in regard to the Plaintiffs, and claiming that the defendant was estopped by that position from making such objections. The answer set up that the defendant had been appointed and had acted for a length of time as the Insurance agent of the Plaintiffs in Montreal; that he had contracted with them; insured for them, received premiums for them, and held

them forth, as a corporate body till he left their employ: That he had rendered them an account shewing the balance in their favor which was now sued for: and that it was easy to establish by authority the proposition that a person holding such relations to a corporation cannot deny or put in issue the corporate capacity of his employers. (*Day, J.*—There would probably be little doubt of the correctness of your proposition if this were not a foreign corporation. I am not prepared to say however that any valid distinction to take this case out of the general rule could be based upon that circumstance.) The principle contended for does not admit of such a distinction. It is not because the Court can be presumed to have a knowledge of the existence of native corporations, that the rule is enforced; but because an agent employed by a principal in a certain quality, to receive monies for him, and actually receiving such monies cannot afterwards, withhold those monies from his employer by denying the very quality under which he obtained authority to receive them. But the discussion of the sufficiency of the allegations of the answer to constitute an estoppel, must take place under a law issue, and the Court can now only say whether those allegations are regular or not, as tendering an issue whether of law or of fact.—

Day, J. The allegations of the answer to the *exception à la forme*, appear to the Court to be quite admissible. The Plaintiff's declaration has been objected to as not containing certain allegations which the defendant contends are necessary to enable him to plead to it. The Plaintiffs allege new facts as a basis for what they assert to be a legal conclusion from those facts, viz. that the defendant has no right to object to the alleged omissions in the declaration. Thus an issue is offered which the defendant may accept either upon the truth of the Plaintiff's allegations in his answer, their sufficiency in law, or both. The sufficiency of these facts as constituting an estoppel of the defendant from excepting as he does to the declaration, cannot be tried by motion, and upon that point therefore the Court offers no opinion.

The motion must be dismissed.

Abbott & Baker, for Plaintiffs.

Hemming & Lunn, for Defendant.

(J. J. C. A.)

MONTREAL, 30TH APRIL, 1857.

Coram DAY, J., MONDELET, J., CHABOT, J.

No. 2227.

Boucherville, v. *The Grand Trunk Railway Company.*

Held that the prescription of six months under 8 Vic., chap. 25, sec. 49, and 16 and 15 Vic., chap. 51 sec. 25, applies to claims for damages caused by negligence of the servants of the company in destroying by fire, the rubbish collected on the line of railroad, being the final act of the construction of the Grand Trunk Railway.

The action of the plaintiff was instituted in June, 1856, to recover from the defendants, £84 7s. 6d. The declaration set up that the plaintiff on or about

Boucherville v. The Grand Trunk Railway Company.

the 29th June 1855, had 250 cords of wood placed on the line of the defendant's road in the county of Arthabaska with their permission; that the Company, by their agents, or persons acting under their control and responsibility, had imprudently, and with gross and malicious negligence set fire to wood and other inflammable materials in the neigbourhood of the plaintiff's wood, which was in consequence destroyed, and was of the value of £84 7s. 6d., which the defendants were liable to pay.

The defendants fyled three pleas to the action.

The first plea was a plea of prescription of six months under the Statutes 14 and 15 Vict., chap. 51, and 16 Vict. caps. 39 and 76.

The second plea stated in effect, that the wood of the plaintiff had not been destroyed by the act or fault of the Company, or their employees, but the fire was communicated from the fire of the adjacent proprietors, that the plaintiff himself had imputed the cause of the fire to certain individuals, whom he called "contractors."

The third plea was a *défense en fait*.

The plaintiff answered by a demurrer to the first plea, and in addition, generally to all the pleas;—and the demurrer to the first plea would appear to have been maintained by consent of the parties.

The parties then went to evidence, and finally were heard, on the merits, and judgement was now rendered.

Day, J., This is a very interesting case; a fire was put to the bushes encumbering the railroad which communicated to wood of the Plaintiff. The action is brought very nearly a year after the damage sustained.

By the 8 Vict. ch. 25, and 14 and 15 Vic. ch. 51, a prescription of 6 months is established against certain classes of cases of damages.

This point; whether the right of action was prescribed by the lapse of six months was only raised at argument; but has not been pleaded.

We have now before us only the general issue. There was an exception raising this point, and a demurrer having been filed to it, was maintained by the consent of parties, it seems, as we have no note of it. This exception moreover is not signed and does not allude to the statutes in question and the demurrer contains no reasons, so that both ought to have been rejected.

The question now before the Court is whether this limitation of the action, is available to the defendants under the general issue. We think it is under the statute. There is a difference between this case and the others already brought for personal injuries, under the terms of the statutes already referred to. The damages arising out of personal injuries constitute one class of cases, and there exists a second class of cases under the terms of these statutes.

This is an action for the recovery of damages for wood burnt of the Plaintiff's. A fire was put to heaps of rubbish on the road of the Defendants. It was the last act for the completion of the road. The servants of the Company have done an act in the execution of their duty which gives a right of action to Plaintiff. By the 8 Vic. ch. 25, sec. 49, and the 14 and 15 Vic. ch. 51 sec. 20, the Company is responsible for a vast number of operatives who are paid as soon as their contract is completed. If the prescription of six months did not exist

to meet such cases and if the Company was responsible for such damages during 30 years, it would be too late for the Company to wage their recourse against such operatives who are scattered all over the country.

The 17th section of the 8th Victoria ch. 25, enacts the same provisions as those contained in the 49th section of the same act, but it can be easily explained. The sections previous to the 17th, give the necessary powers to the Company for acquiring the lands necessary for the building of their road and when having got through, then the prescription against the remedies concerning that part of the act is enacted in the 17th section.

The act then goes on for general purposes and repeats its provisions concerning prescription in the 49th section. No other class of cases therefore can be contemplated than the one now before the court, viz: damages caused by servants of the Company.

Mondelet, J. This question underwent a considerable discussion in the *délibéré*. It is very important that the jurisprudence should be well settled, as the rail-roads are now becoming numerous in the country, and will give rise to a variety of cases. The difficulty was whether there is more than two classes of cases contemplated by the statutory enactments. One difficulty also arose as to the *procédure* which presented itself before the court as to the pleadings as they now stand; but the majority of the Court is of opinion that the procedure does not present any contradiction between the judgments adjudicating upon the rights of the parties in the cause.

Prescription maintained; action dismissed.

Doutre and Daoust, Attorneys for Plaintiff.

Cartier and Berthelot, Attorneys for Defendants.

(P.B.L.)

(F.W.T.)

MONTREAL, 30TH APRIL, 1857.

No. 2297.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

Buchanan & al., v. *Cormack.*

MEDICAL ATTENDANCE—MEDICINES—PRESCRIPTION.

Held, 1o.—That the plea of prescription under 10 and 11 Victoria cap. 11, cannot be invoked against the action of a physician for professional services and medicines.

2o. That the Plaintiff may by interrogatories *sur faits et articles* demand the oath of the defendant in support of a plea of payment and prescription under 1258th art. of the Custom of Paris by which plea he tenders oath in proof of payment.

The Plaintiffs instituted their action, Janet Buchanan one of them, as having been *commune en biens* with the late Michael McCulloch, Doctor of Medicine, and the other Plaintiffs as heirs at law of the late Michael McCulloch, against the Defendant, to recover from him £31 alleged to be due by the Defendant to the said Michael McCulloch, for professional services as physician and surgeon and medicines and drugs by the latter rendered and furnished to the defendant.

Buchanan et al., v. Cormack.

The Defendant fyled three pleas to the action.

The first plea alleged that the causes of action stated in the Plaintiffs' declaration, were a commercial matter, that they did not accrue nor did the Defendant promise as complained against him within six years next before the institution of the action whereby they were barred and prescribed by virtue of the Statute 10 and 11 Victoria cap. 11.

The second plea averred payment long before the institution of the action, that more than a year had elapsed between the professional services and the furnishing of the medicines mentioned in the declaration of the Plaintiffs, that according to the article of the Custom of Paris, which the Defendant invoked, the action of the Plaintiffs ought to have been instituted within the year, after which no action could be maintained in the premises *ne sont recevables les dits Demandeurs*, and the Defendant therefore invoked the prescription of one year, *prescription d'un an*, by virtue whereof the Plaintiff's action was barred and prescribed; and of the payment the Defendant tendered and offered to make oath.

The *third* plea was a *défense en fait*.

After issue joined and evidence taken, the parties were heard on the merits, and the judgment of the Court was now given.

Day, J. The *first* plea in this case merely applies to the medicines and as they are only an incident in the professional services, it cannot be maintained. The *second* plea invokes the prescription of a year under the Custom of Paris, and has tendered the oath of the Defendant that he has paid all he owed; but when examined by interrogatories *sur faits et articles*, he says "I think I have paid." This will not do, and judgment goes for Plaintiff.

Rose & Monk, Attorneys for Plaintiffs.

Cross & Bancroft, Attorneys for Defendant.

(F. W. T.)

With regard to the tender of oath in support of the prescription, the practice in the District of Montreal would appear to have been for the Plaintiff to take a rule upon the Defendant to make oath. On reference to the "Grand Coutumier," tome 2, p. 527, no. 5, the "*serment décisoire*" is spoken of in the commentary on the 125th Art. of the Custom of Paris. The words of the commentator are as follows: "après plusieurs contesta-" tions mûes sur ce sujet, il a été enfin jugé, et cela passe à présent pour constant dans " l'usage, que le Défendeur est obligé d'affirmer le payement, pourvu qu'on lui défère le " serment décisoire, et non autrement."

It is further to be observed that the prescription under the 125th Article of the Custom of Paris has been taken away and a prescription of five years substituted by 10 and 11 Vict. cap. 26, sec. 16; which is in the following words: "And be it enacted that so " much of any law heretofore in force in Lower Canada, as may have fixed the period of " prescription with regard to the claim (*demande*) of any person duly licensed to prac-" tise physic, surgery or midwifery, for professional services, attendance or medicine, " shall be and is hereby repealed; and any such claim shall be prescribed by the lapse " of five years from such attendance, service or medicine furnished, without any act " having been done to interrupt the prescription, and not before; Provided always, " that nothing herein contained shall be construed to revive any such claim actually " prescribed before the passing of this Act."—[EDITORS NOTE.]

MONTREAL, 30TH April, 1857.

Coram SMITH, J., CHABOT, J.

No. 557.

Platt et al., v. Platt et al.

Held, that the conclusion in a declaration simply praying that certain land be declared hypothecated for the amount demanded, without asking that the land may be sold in ordinary course, is technically defective.

This was an action for the recovery of a special legacy, and the declaration, after praying for the personal condemnation of the Defendants, asked that a certain piece of land therein described might be "declared mortgaged hypothecated and affected for the said payment in debt interest and costs."

Smith, J., This is an amicable action, so far as the amount settled between the parties as being due is concerned, and judgment therefore goes for the amount so adjusted, but it is quite impossible to grant the hypothecary portion of the Plaintiff's conclusions, in the form in which it is drawn, simply praying that the land be declared hypothecated, without asking to have it sold in due and ordinary course and consequently this part of the conclusions must be rejected.

Judgment accordingly.

Cross & Bancroft, Attorneys for Plaintiffs.
Abbott & Baker, Attorneys for Defendants.
(S. B.)

MONTREAL, 30TH April, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

No. 44.

Lyman et al., v. Chamard.

Held, that an exception *à la forme*, setting forth that Defendant is described in the writ of summons as of "St. Hyacinthe" simply, whereas he in fact lives in the Parish of St. Hyacinthe le Confesseur, and that there are three distinct places or localities in the District of Montreal known respectively as the Town of St. Hyacinthe, the Parish of St. Hyacinthe, and the Parish of St. Hyacinthe le Confesseur, is bad in law.

This was a hearing *en Droit* raised by an answer in law to an exception *à la forme* fyled by the Defendant.

The exception alleged, that at the time of the issuing and service of the writ of summons and for a long time before, the Defendant had resided in the Parish of St. Hyacinthe le Confesseur, in the District of Montreal, whereas in the writ of summons he is only described as of "St. Hyacinthe" simply; that there are three distinct and separate places or localities in the District respectively known as the Town of St. Hyacinthe, the Parish of St. Hyacinthe, and the Parish of St. Hyacinthe le Confesseur, and that there was no place of the designation given in the writ.

To this exception the Plaintiffs fyled an answer in law to the effect, that the designation given in the writ was sufficient for all legal purposes.

Day, J., The Court sees nothing in the point attempted to be raised by the Defendant's exception and considers the general description in the writ quite sufficient.

Answer in law maintained and exception *à la forme* dismissed.

S. W. Dorman, Attorney for Plaintiff.
Laframboise et Papineau, Attorneys for Defendant.
(S. B.)

MONTRÉAL, 30 AVRIL, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

No. 2015.

Verdon, v. *Groulx.*

Jugé:—1o. Que la stipulation dans un acte de donation d'un droit d'habitation sur une propriété à être acquise par le donataire n'est valable qu'autant qu'il a été conféré par un acte subséquent et après l'acquisition faite par la donation de la propriété à être ainsi affectée à ce droit.

2o. Que l'acquéreur d'un immeuble qui n'a eu ni la tradition ni la possession peut porter l'action pétitoire.

Le demandeur Verdon ayant porté une action pétitoire contre le défendeur Groulx, ce dernier après avoir appelé son garant en cause, contesta néanmoins la demande de Verdon aux risques et périls de son garant qui avait contestée sa demande en garantie (1). La première exception de Groulx allait à dire; que par une donation qu'il avait faite de certains immeubles à St. Aubin son garant, il était stipulé ce qui suit: "Les donateurs se réservent pour en jouir pendant leur "vie durant à titre de constitut et précaire, la maison qui est érigée sur la dite "terre en premier lieu désignée avec le privilége d'aller demeurer au village "quand bon leur semblera, après trois ans de ce jour et dans ce cas les dits "donataires seront tenus et obligés de bâtir sur un emplacement bien clos, sur "la rue principale du dit village de St. Laurent dans les environs de l'église, "une maison, bâtiments et dépendances semblables à ceux érigés sur l'emplace-"ment appartenant aux héritiers de feue dame Marie Desautels, en son vivant "épouse de feu sieur Joseph Verdon et à tous évènements la maison ne devra "pas avoir moins de vingt-six pieds carrés."

Que c'était en vertu de cette dernière disposition, que St. Aubin avait mis Groulx en possession de l'emplacement revendiqué par Verdon, que par l'acte de vente de St. Aubin à Verdon il était déclaré; "qu'attendû que le dit sieur "Louis Groulx occuperait présentement le dit emplacement, il est entendu entre "les dites parties que le dit acquéreur adoptera à ses risques contre le dit Groulx "tels procédés qu'il jugera à propos pour lui faire livrer la possession du dit "emplacement." Que conséquemment St. Aubin n'avait point subrogé Verdon dans aucun droit, qu'il n'en avait jamais été mis en possession et qu'il savait que Groulx en était alors en possession; et que conséquemment il ne pouvait porter la présente action. (2)

Par sa seconde exception, Groulx alléguant les mêmes faits, prétendait qu'il avait acquis dans la maison érigée sur cet emplacement un droit d'habitation, droit réel; que la vente par St. Aubin à Verdon n'avait pas eu l'effet d'anéan-

(1) AUTORITÉS DU DÉFENDEUR ST. AUBIN.

Digeste, Traduction de Hulot, tome 3, p. 26, Pothier, obligations Nos. 243, 244, 247, 283, et 284. Idem droit d'habitation, tome 4, Nos. 39, 41. Nouv. Denizart Vo. habitation, tome 9, p. 564. Duranton, tome 10, No. 295. Idem, tome 11, No. 140. Zachariæ, 2nde partie, livre 1er §300, No. 3. Salviat, Usufruit, tome 2, p. 200.

(2) 2. L. C. R. page 7. Brochu v. Fitzback.

tir (1) et que Verdon n'avait pas plus le droit de l'en expulser que St. Aubin qui, n'aurait jamais été fondé à le faire.

Le demandeur principal répondit spécialement à ces exceptions: que cet acte de donation ne conférait aucun privilége ni droit au défendeur sur l'emplacement, vû que lors de sa passation St. Aubin n'en était pas encore propriétaire et que cet emplacement n'y est mentionné que comme modèle d'un autre qui devait être fourni dans le cas où le défendeur désirerait aller demeurer au village St. Laurent, que ce n'était qu'un droit personnel qui ne pouvait affecter cet emplacement d'une hypothèque, privilége ou droit quelconque; que le dit St. Aubin pouvait vendre le dit emplacement sans stipuler aucune réserve en faveur du dit Groulx; enfin que la tradition feinte faite dans l'acte de vente de St. Aubin à Groulx, est suffisante en loi pour permettre au dit Verdon d'avoir recours à l'action intentée par lui contre le dit Groulx; qui n'en est en possession que d'une manière précaire. Les parties procédèrent à la preuve de leurs allégués respectifs. Le défendeur principal Groulx prouva par témoins qu'il avait été mis en possession de cette maison érigée sur l'emplacement par St. Aubin qui y avait transporté tous les meubles de Groulx.

Le demandeur Verdon étant décédé durant le cours de l'instance, sa veuve en sa qualité de légataire universelle de son mari, reprit l'instance.

Smith, J. Le défendeur Groulx, conteste cette action pétitoire par une exception dans laquelle il invoque un droit d'habitation, et prétend que c'est un droit réel qu'il a le droit d'exercer. Il n'est pas nécessaire dans cette cause de savoir si le droit d'habitation est un droit réel ou personnel; il suffit d'examiner la donation pour la décision que l'on est appelé à rendre en cette cause.

Lorsque la donation fut faite a St. Aubin, Groulx demeurait sur un des terrains donnés. Il est vrai que par une stipulation portée dans l'acte de donation, Groulx s'est réservé le droit d'aller demeurer au village, mais il n'est pas prouvé qu'il ait jamais mis son donataire en demeure de lui fournir une maison au village, et celle qu'il y occupe n'est pas celle stipulée en l'acte de donation et rien ne fait voir qu'il ait jamais exercé ce droit. En conséquence, les conclusions du demandeur lui sont accordées.

Le jugement est motivé comme suit:

"The Court having heard the Plaintiff *par reprise d'instance* and the defendant; by their counsel upon the merits of this cause, examined the proceedings and proof of Record, and having deliberated thereon, considering that the said Defendant hath failed to establish by legal and sufficient evidence that the lot of land and premises sought to be recovered in and by the present action, was charged with any *droit d'habitation* as claimed under the Donation, invoked by the said Defendant by reason of which the said Plaintiff can be barred or prevented from having and maintaining the conclusions of his said Declaration and action; doth overrule and set aside the exceptions filed by the said Defendant and doth adjuge and condemn the said Defendant within 15 days after service

(1) Domat, liv. 1, tit. 2, sec. 2, Nos. 7, 9 et 11, 5 Proudhon, traité de l'usufruit, chap. 61; ch. 62, No. 2891, Proudhon, Domaine de propriété, 2 vol., No. 704, No. 706, 1, Despeisses, p. 642.

Verdon v. Groulx.

upon him of this judgement, to quit, abandon and deliver up to the said Plaintiff *par reprise d'Instance* the possession and enjoyment of the emplacement house and premises mentioned and described in the declaration in this cause &c."

Pelletier et Bélanger. Avocats du Demandeur et Demanderesse par reprise d'instance.

Lafrenaye et Papin. Avocats du Défendeur.

Doutre et Daoust, Avocats du défendeur en garantie St. Aubin.

(P. R. L.)

MONTREAL, 30 AVRIL, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

No. 306.

Dumont et al., v. *Chaurette.*

Jugé;—que l'action en exhibition de titres est maintenant proscrite et abolie par le statut provincial abolissant les lods et ventes, 18 Vic., ch. 103, sec. 3.

Les Demandeurs, seigneurs de la seigneurie des Miles-Isles, située dans le District de Montréal, ayant actionné le Défendeur en exhibition de titres en conformité aux dispositions contenues dans les articles 73 et 77 de la Coutume de Paris, devant la Cour de Circuit du Circuit du Lac des Deux-Montagnes, ce dernier évoqua la cause devant la Cour Supérieure à Montréal, et cette évocation ayant été admise; il répondit à cette demande par une défense niant le droit d'action formulé par le Demandeur.

Day, J. Une telle action n'existe plus depuis la passation de la loi de 1855, 18 Vic., ch. 103 qui a aboli les droits de lods et ventes sur les mutations.

L'amende n'est plus due, car avec l'abolition des lods et ventes ont disparu tous les droits que le seigneur possédait antérieurement pour obtenir les moyens d'en être payé. Pothier, vers la fin de son traité des fiefs (titre des cens, sec. 3,) discute la doctrine de l'exhibition de titres et démontre que la fin ultérieure de cette demande est de la part du seigneur de s'assurer si le titre du nouvel acquéreur, est un titre qui donne ouverture au profit de vente. Maintenant, sous l'empire de la nouvelle loi déjà citée, le seigneur ne possède plus cet intérêt et son action n'embrasse aucun objet légal et serait frustratoire, en sorte que la cour ne peut pas maintenir la présente action qui ne peut conduire à aucun résultat fondé en loi.

The Court.....Considering that the action for compelling the *Censitaire* to exhibit his title of acquisition is given to the seignior in order that he may be paid his dues thereupon "pour être payé de droits de ventes saisines et amendes;" and that by the seignorial act of 1855 all lods et ventes and mutation dues and fines on sales subsequent thereto are abolished and that by reason thereof the seigniors plaintiffs in this cause have no interest in the nature of the title of acquisition of the defendant executed after the passing of the said act or in obtaining from him an exhibition thereof in manner and form as in and by their

declaration they have prayed, maintaining the exception of the Defendant; doth dismiss the action of the Plaintiffs with costs.

Dumont et al. v. Chaurette.

Action renvoyée.

Turgeon. Avocat du Demandeur.
De Bleury. Avocat du Défendeur.
(P. R. L.)

MONTRÉAL, 30 AVRIL, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

No. 910.

Laroque et vir., v. *Michon.*

Jugé;—que le mariage d'une fille mineure célébré sans publications en conséquence d'une dispence de l'évêque diocésain et sans le consentement de ses parents, ne donne lieu à aucune action en dommages contre le curé qui l'a célébré.

La demanderesse veuve de feu J. Berthelot, remariée depuis au Demandeur Leduc, se plaignait dans sa déclaration; que le défendeur comme curé avait, par ses conseils induit sa fille mineure Adèle Berthelot à se marier contre la volonté de sa mère et de son tuteur, (ceci ne parait pas avoir été prouvé.) Il fut prouvé que le mariage avait été fait sans aucune publication de bans, sur dispense accordée à cet effet par l'autorité ecclésiastique compétente et célébré à huit heures du soir, et que ce mariage avait eu lieu sans le consentement de la mère ni du tuteur de la fille mineure. Le défendeur niait être responsable sous ces circonstances d'aucuns dommages envers la mère qui avait dirigé la présente action contre lui pour £1000 de dommages.

Chabot, J. Le défendeur qui est le prêtre missionnaire de St. Jean Baptiste de Roxton, dans le district de Montréal est poursuivi en dommages pour avoir marié la fille mineure de la demanderesse sans son consentement.

Si tous les faits qui sont allégués par la demanderesse dans sa déclaration étaient prouvés il y aurait lieu à accorder des dommages. Mais le curé a marié la jeune fille en conséquence d'une dispense de l'évêque du diocèse. La demanderesse ne demande pas la nullité de ce mariage, elle se borne à réclamer des dommages; conséquemment l'action doit être déboutée. Il n'y a pas lieu à l'exercice d'une telle action dans les circonstances que présente cette cause.

Pothier, il est vrai, dit, que le curé peut être pris à partie comme complice de séduction et de rapt, mais non pas condamné à des dommages civils.

Il pouvait être suspendu et privé de son bénéfice et c'était plutôt l'effet d'une législation pénale. Ce mariage a été célébré à une heure avancée de la soirée, mais dans ce diocèse la règle canonique quant à l'heure de la célébration du mariage ne milite pas contre ce fait.

La preuve faite par deux témoins dans la cause, quant aux dommages, n'est d'aucune importance et est futile.

Le jugement de la cour renvoie l'action de la demanderesse.

R. et G. Laflamme. Avocats des demandeurs.
Loranger, Pominville et Loranger Avocats du défendeur.
(P. R. L.)

MONTREAL, 23 MAY 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 512.

Elwes v. *Francisco.*

Held that, 1o. The quashing of a writ of *capias* in an action for less than £15, does not deprive the Superior Court of jurisdiction over such action as to future proceedings therein.
2o. A question of jurisdiction, cannot be tried by a motion.

This was a motion to dismiss an action under the following circumstances. In March last the Plaintiff caused the institution of an action against the Defendant in the Superior Court for £13 15s., commencing his proceedings by a writ of *capias ad respondendum*. About the 20th of April, after the return of the action, the capias was quashed for insufficiency of the affidavit.

On the 23rd of May, after having been notified to plead to the action, the Defendant moved that the action should be dimissed for want of jurisdiction in the Court; the sum sued for being under £15.

Bates for Defendant. The Court has only jurisdiction in actions over £15, unless commenced by a *capias*. In this case the *capias* issued irregularly as had been declared by a judgment of the Court; and it was a complete nullity. No jurisdiction could be given by a proceeding which was null in itself, and the proceedings should be looked at as if no *capias* had issued. The action being under the amount fixed as a limit for the jurisdiction of the Court, must be dismissed.

Abbott for Plaintiff. The Defendant has not taken the proper course for the dismissal of this action for want of jurisdiction in the Court. That objection can only be urged under an *exception déclinatoire* which should have been fyled within a short delay after the return of the action.

But in reality the jurisdiction of the Court is settled by the mode in which an action is commenced. By the mere issue of a *capias* the Superior Court becomes seized of the case; and cannot be divested of jurisdiction over it by any subsequent occurrence. 12th Vict. cap. 38, § 32.

Day, J. There is no doubt the Court has jurisdiction over this case, for the intention of the Statute plainly is, that the amount claimed, or the nature of the proceeding taken, at the institution of an action, shall be the criterion by which the jurisdiction of the Court shall be decided. But the motion must be rejected in any case, as the only method of trying the jurisdiction of the Court is by preliminary exception.

Motion dismissed.

Abbott & Baker, Attorneys for Plaintiff.
J. & W. A. Bates, Attorneys for Defendant.
(J. J. C. A.)

MONTREAL, 30TH MAY, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, J.

No. 432.

Guilfoye, v. *Tate et al., and Tate et a.. Opposants.*

Held, that the presence or co-operation of *recors* is not necessary to render a *saisie-execution* valid.

The defendants filed an opposition *afin d'annuler* to the *saisie-execution* made upon them, in this cause. By their Opposition they complained that the *recors*

whose names appeared on the Bailiff's *procès-verbal* had not in fact acted as such; one of them having been appointed *gardien* and the other not having been present at the seizure in question.

The Plaintiff did not demur to this opposition, but he having contested it by a general issue, the parties went to proof.

The judgment of the Court upon the hearing on the merits of the Opposition is motivé as follows.

The Court.....Considering that neither the Ordonnance of 1667, title 33, nor the title 2 article 2, nor any part of the said Ordonnance, nor any law in force in Lower Canada renders necessary to a *saisie-execution* the presence or co-operation of more than one Bailiff, nor the presence or co-operation of recors, and that consequently, the *saisie*, in this cause which the Opposant complains of as being null and void, is not so, but good and valid; considering in consequence that the facts which the Opposant complains of cannot and ought not to be taken into consideration by the Court, in and by the present proceeding; dismisses the said Opposant's Opposition with costs.

B. Devlin, Attorney for Plaintiff.

T. S. Judah, Attorney for Opposant.

(P. R. L.)

MONTREAL, 30TH MAY, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

No. 1720.

The School Commissioners of Chambly, v. Hickey.

Held, 1o. That no action to account lies against a Secretary-Treasurer who has already rendered his account and has received a discharge.

2o. That in such a case the corporate body must proceed by an action *en réformation de compte*.

The Defendant being sued *en reddition de compte* by the Plaintiffs; pleaded that he had rendered his account on the 7th July, 1854, and had received a final discharge. His plea was maintained by the Court.

The Judgment is *motivé*.

The Court.....Considering that the Defendant hath established by evidence the material allegations of his exception that long before the institution of this action, he had rendered an account of his gestion to the Plaintiffs and had received from them a final discharge and acquittance upon the 7th July 1854, and has in fact delivered to the Plaintiffs all the Registers, Books of accounts and vouchers, and papers which he had in his possession as Secretary-Treasurer, and that by reason thereof and by law, the action of the Plaintiffs in manner and form as the same hath been brought ought not to be maintained, doth dismiss the said action with costs, reserving to Plaintiffs such recourse as by law they may be entitled to have for setting aside the said account and discharge and for the recovery of the sum of money by them alleged to be due and owing.

Leblanc & Cassidy, for Plaintiffs.

A. & G. Robertson, for Defendant.

(P. R. L.)

MONTRÉAL, 30 JUIN, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

No. 1035.

Saucisse et al., v. *Hart.*

Jugé:—1o. Que l'entrepreneur n'est pas responsable des dommages causés dans l'exécution de l'ouvrage pour la construction d'une bâtisse; que cet entrepreneur a pris en sous-bail;
2o. Que dans une action portée par un entrepreneur pour le prix d'un marché pour la livraison de la pierre; le propriétaire ne peut pas lui opposer en compensation les dommages qu'il lui a causés dans l'exécution d'une autre partie de l'ouvrage qui lui avait été sous-baillé à faire par un autre entrepreneur; savoir: dans la pose de cette pierre.

Le 20 mai 1854, intervient un marché entre les demandeurs et le défendeur par lequel les demandeurs s'obligent de lui fournir et livrer au port de Montréal toute la pierre nécessaire à la construction de certaines maisons à être érigées à Trois-Rivières et de n'en exiger le prix que lorsque toute la pierre aura été entièrement livrée. Précédemment, savoir: le 20 mai 1854, un autre marché était intervenu entre Messieurs Dugré et Parent et le défendeur par lequel marché Dugré et Parent s'obligèrent de poser cette pierre.

Ensuite, le 18 juillet 1854, un des demandeurs, pour le compte de leur société; fait marché avec Dugré et Parent d'accomplir leurs obligations envers le demandeur qui intervient à cet acte comme caution que l'argent destiné à Dugré et Parent leur sera payé pour cette entreprise.

Les demandeurs ayant poursuivi le défendeur pour une balance qui leur revenait sur la livraison de la pierre, ce dernier plaida tous les faits ci-dessus rapportés et allégua: que dans l'exécution du marché du 18 juillet 1854, les demandeurs lui avaient causés des dommages considérables, en procédant à la pose de la pierre et demanda à compenser ces dommages à l'encontre de leur demande, prétendant qu'il pouvait exercer son recours direct contre eux (1) et que d'ailleurs les défendeurs n'avaient pas même rempli leur propre engagement en ne livrant pas toute la pierre requise et ne la livrant pas dans le temps fixé par l'engagement.

Les demandeurs ayant répondu spécialement que les dommages résultant de l'inexécution du marché du 18 juillet 1854, (si toutefois ils existaient) ne pouvaient être réclamés par le défendeur que de Dugré et Parent qui avaient un recours en garantie contre les demandeurs, la preuve de ces dommages fut établie par plusieurs témoins produits à l'enquête. La cour par son jugement a rejeté les prétentions du défendeur et a donné gain de cause aux demandeurs en leur accordant toute la balance qui leur revenait en vertu de leur marché.—Le jugement de la cour est motivé.

The Court.....Considering that the Plaintiffs have established by evidence the material allegations of their declaration and that the Defendant cannot set up in compensation and extinguishment of the demand for the balance

(1) Pothier, contrat de louage Nos. 420 et. 428. "Le constructeur est à cet égard "tenu non seulement de sa propre faute mais de ceux des sous-constructeurs à qui l'ou"vrage aurait été sous-baillé à faire," etc.

due them for the delivery of stones under the contract between them and the Defendant executed on the 22nd March, 1854, and in the said declaration set forth; any pretended damage or any claim or demand arising for or by reason of the non performances by the Plaintiffs of the stipulations and obligations by them undertaken in and by the contract executed between the said François Saucisse and Charles Dugré and Etienne Parent on the 20th March 1854, in the exception of the Defendant in this cause pleaded and set forth; and, that the Defendant hath failed to prove the other material allegations in his exceptions contained, dismissing the said exception doth adjudge and condemn, &c.

Leblanc et Cassidy, pour les demandeurs.

Lafrenaye et Papin, pour le défendeur.

(P. R. L.)

EN APPEL.

DU DISTRICT DE MONTREAL.

MONTRÉAL, 13 MARS, 1857.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE Bart., J. en Chef, AYLWIN J., DUVAL, J., CARON, J.

No. 189.

LEDUC, (*Défendeur en Cour Inférieure.*)
Appelant.

ET

BUSSEAU, (*Demandeur en Cour Inférieure.*)
Intimé.

JURY—VERDICT AU DESSOUS DE 40s. STERLING—DEPENS.

Jugé:—que sur le verdict d'un Jury rendu dans une action en dommages, pour une somme audessous de 40s. sterling; la condamnation aux dépens prononcée par la Cour sans restriction ni limitation, doit être interprêtée comme ne comprenant quant à ces dépens, qu'une somme équivalente à celle accordée par le Jury pour le montant des dommages réclamés.

Le Jugement qui a été rendu en Appel, en cette cause, est si bien motivé, qu'il suffit de le donner *in extenso* pour l'intelligence de la question décidée en Appel sur les prétentions respectives des parties.

"La Cour, après avoir entendu les parties par leurs Avocats, sur le mérite de l'appel, examiné le dossier de la procédure, en Cour de première Instance, les Griefs d'Appel de l'Appelant et les réponses à iceux et sur le tout mûrement délibéré;

1° Considérant, que par l'acte de la 7ème année George quatre chapitre 6, il est statué relativement à des actions de la nature de celle dont il s'agit en cette Instance, "que dans toutes telles actions, le Demandeur, dans le cas où la Cour "ou le Jury établirait les dommages à moins de la valeur de quarante chelins "sterling, ne recouvrera ni n'obtiendra plus de dépens que la valeur à laquelle "monteront les dommages ainsi établis;"

2 Considérant que par la 91e section de l'acte de judicature de 1849, chapitre 38, il est statué que pour les fins de l'administration de la justice, "chaque "livre sterling sera censée égale à une livre [illegible]e chelins et quatre deniers cou-

Leduc v. Hussey.

" rant, relativement à toute poursuite ou action commencée après le 20e jour " d'Avril 1844, ou commencée après la mise en vigueur de ce dernier acte de " judicature;" ce qui fait d'une somme de quarante chelins sterling, réduite au courant, une somme de quarante huit chelins et huit deniers courant;

3° Considérant que, dans l'espèce, le montant de la condamnation prononcée contre l'Appelant, conformément au Verdict du Jury, est seulement de la somme de 46s. courant, et que par conséquent, la condamnation aux dépens ne doit pas excéder cette dite somme de 46s. courant;

4° Considérant que la condamnation aux dépens prononcée contre l'Appelant est dans les termes généraux qui suivent, savoir, "aux dépens de cette action," sans préciser la somme que l'Appelant aurait à payer pour dépens en vertu de cette condamnation;

5° Considérant que les deux parties ont interprété cette condamnation comme devant comprendre tous les frais et dépens, quelqu'en soit le montant, qui ont été encourus par l'Intimé sur son action, puisque l'une a interjeté Appel pour faire réviser et infirmer la dite condamnation, et que l'autre en soutient le bien jugé comme devant en effet comprendre tous les susdits frais et dépens.

6° Considérant que cette condamnation ne doit pas être interprêtée comme comprenant tous les frais et dépens de la dite action, mais bien seulement la somme de 46s. de dépens payable par l'Appelant à l'Intimé; qu'à la taxe de ces dépens, lorsque provoquée par l'une ou par l'autre des parties, il eut été du devoir de la Cour de première Instance, ou d'aucun Juge d'icelle, de les taxer à la susdite somme de 46s. courant.

7° Considérant que sous tous les rapports, le Jugement dont est Appel, est bien fondé: Confirme le susdit jugement, savoir: le jugement rendu par la Cour Supérieure siégeant à Montréal, le 27e jour de Décembre 1855, et déclare qu'en vertu de la dite condamnation aux dépens qu'il prononce, l'Appelant ne doit être tenu de payer à l'Intimé, pour dépens en la Cour de première Instance, que la susdite somme de 46s. courant, et quant aux dépens du présent Appel, il est ordonné que chaque partie paie ceux par elle encourus sur icelui; et il est de plus ordonné que le dossier soit remis à la dite Cour Supérieure siégeant à Montréal."

Loranger, Pominville et Loranger, pour l'Appelant.

Ouimet, Morin et Marchand, pour l'Intimé.

(P. B. L.)

MONTREAL, 30TH APRIL, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

No. 2629.

Guy, v. *Clarkson and McLean.* Adjudicataire.

Held, That a Rule for *folle enchère* against an *adjudicataire*, described in the sheriff's return as residing in Upper Canada, may be declared absolute, on a simple return, of a Bailiff, that he has no domicile in Lower Canada, and cannot be found in the District of Montreal.

This was a Rule for *Folle enchère* against an *adjudicataire*, described as of Oxford, in the County of Kent, in Upper Canada, and on the simple certificate of a Bailiff of the Superior Court, that he so resided in Upper Canada, had no domicile in Lower Canada and could not be found in the District of Montreal, the Court declared the Rule absolute and ordered the land to be sold accordingly.

R. & G. Laflamme, Attorneys for Plaintiff.
(S. B.)

MONTREAL, 30TH APRIL, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

No. 2636.

Kierzkowski, v. *Lespérance, and Lespérance.* Opposant.

Held, That both moveables and immoveables can be seized simultaneously under one and the same writ.

Day, J. This is an Opposition *à fin d'annuler*, to the sale of the Defendant's Real Estate. Several reasons are assigned in support of the Opposition but the point mainly relied upon at the argument and the only one in fact which attracted the attention of the Court was this, that the Defendant's moveables were also seized at the same time as the Real Estate and under one and the same writ, and it was contended by the defendant's counsel that such a course was illegal and that it was not competent for the plaintiff to seize the real estate until after he had discussed the moveable property. The Court sees nothing illegal in this, and the Opposition must therefore be dismissed.

Opposition dismissed.

Sicotte and Chagnon. Attorneys for Opposant.
Laflamme, Laflamme and Barnard. Attorneys for Plaintiff.
(S. B.)

MONTREAL, 30TH APRIL, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

No. 976.

McGinnis, v. *McClosky.*

Held, In an action of *Assumpsit* for work and labour done where it was pleaded and proved that the work was performed under written agreement, that the plaintiff cannot recover.

This was an action of *Assumpsit* for work and labour done and for certain sand furnished by the Plaintiff for the Defendant.

McGinnis v. McClelland.

The Defendant pleaded and proved amongst other things that the work was performed under a written agreement.

Day, J. There can be no doubt that the Defendant has succeeded in proving that the work, the value whereof is sought to be recovered in the present action, was done under a special agreement in writing, and as the Plaintiff's Declaration fails to set out such agreement, relying merely on the general *assumpsit* counts, that portion of the Plaintiff's demand must necessarily be rejected.

Judgment accordingly.

T. S. Judah. Attorney for Plaintiff.
M. Doherty. Attorney for Defendant.
(S. B.)

MONTREAL, 30TH APRIL 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

No. 1378.

Exparte Judah, and Judah v. *Rolland.*

Held, 1o.—That an opposition to an application for ratification of a title deed, not containing any engagement on the part of the vendor to obtain such ratification or on its being asked for by the vendee to cause all oppositions to be removed, amounts in law to a *trouble*, and entitles the applicant to sue his vendor in an action *en garantie* to compel him to intervene and hold him harmless from such opposition.

2o—That in such action *en garantie*, where the writ has been sued out under the same number as the original procedure and as it were in that cause, it is not necessary to produce either a copy of the title deed or any portion of the Record in such original procedure.

This was an action *en garantie*, instituted by a Petitioner for a Ratification of title against his vendor, to compel him to intervene and cause certain oppositions *afin de conserver* which had been fyled against his application to be removed.

The title deed contained no clause guaranteeing a judgment of ratification and made no allusion whatever to any such procedure as being at all contemplated by the parties.

The Petitioner had enjoyed uninterrupted possession of the property sold for several years, but on seeking for a ratification of his title deed several oppositions were put in founded on *hypothèques* subsisting on the property [illegible] was sold. He thereupon sued out an action, in the nature of an act[illegible], bearing the same number as the case in which the judgment of ratification was sought and having likewise the title of such case endorsed on the declaration together with the additional title of the preceeding *en garantie*. The plea was the general issue and no exhibits whatever were fyled in support of such action *en garantie*. [illegible] for the Defendant *en garantie*. The pretension of the Defendant [illegible] that these oppositions do not in law amount to a *trouble*, as regards the vendee's possession of the property in question; that he the vendee was at all times complete master of the procedure he had adopted which gave rise to the fyling of such oppositions, so much so indeed, that he might either wholly discontinue it or permit it to remain indefinitely suspended, without its being in

the power of the opposants in any way to prevent his so doing. And that in no instance can a vendee be summoned to intervene in an application for ratification of title, unless he has distinctly engaged by the deed of sale to do so, or otherwise guaranteed to the purchaser that his title deed should be confirmed. Independently however of these considerations the present action stands without any proof whatever in support of it, not even a copy of the title deed on which the action itself is based being fyled, much less any documents or evidence to show that any such procedure or application for ratification as that referred to had ever been instituted. It is true, that the Record in the original action is here before the Court, but the two cases are nevertheless perfectly distinct and separate, no motion has ever been made of other proceeding taken to cause the two cases to be united or the exhibits therein to be considered common. And there is not in fact in either case any exhibit or document, susceptible of making proof in this cause, even docketed or indorsed with the title thereof.

Ex parte Judah, & Judah Bellemare.

Judah, Petitioner and Plaintiff *en garantie* in person. It is unnecessary to argue that an opposition, predicated on a subsisting *hypothèque* on the property sold, amounts to a *trouble*, and I leave this point therefore with confidence in the hands of the Court. And as to the pretension about want of proof, I can only say that in the whole course of my practice, for upwards of 30 years, I never heard such a pretension advanced. The two records both bear the same number and the Court is bound to look at the one case in connexion with the other.

Smith, J. The only apparent defect in the present case is the non-fyling of an authentic copy of the deed of sale on which the action itself is based. This would be all very well in an ordinary action *en garantie* founded on an *action hypothécaire*, but the Court thinks that this case stands on quite a different footing. The title deed fyled in a proceeding for ratification of title is the Record, there being no pleadings in such a case, and it is not only unnecessary but impossible to transfer that deed into another Record. The party Defendant is summoned in that proceeding to appear therein and cause certain oppositions to be removed and we see no difficulty in regarding the two causes as one. The judgment will therefore go for the Plaintiff.

Judgment condemning the Defendants *en garantie* to intervene accordingly and cause the oppositions to be discontinued.

T. S. Judah, Attorney for Plaintiff, *en garantie*.

Bethune and Dunkin, Attorneys for Defendant, *en garantie*.

(S. B.)

MONTREAL, 30TH APRIL, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

No. 551.

Exparte O'Meara Petitioner " *en destitution de Tutelle* " v. *McCleverty.*

Held, that a stranger has no legal *qualité*, to bring an action *en destitution de Tutelle*.

Day, J. This is a proceeding *en destitution de Tutelle* and has been instituted by a person who is in no way related to the minors. It is quite impossible

Exparte O'Meara, v. McCleverty.

to entertain such an application on the part of a mere stranger and the Petition of the applicant must therefore be dismissed. The Court ....."considering that " the said Michael O'Meara hath failed to alledge or prove that he is a relation " or of kin to the said minor children or that he has any quality by reason " whereof and by law he was entitled to fyle the said Petition &c."

Petition dismissed.*

B. Devlin, Attorney for Petr.
S. W. Dorman, Attorney for Respdt.
(S. B.)

MONTREAL 30 MAI 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 38.

Addison v. *Bergeron et al.*

Jugé :—qu'une Exception Péremptoire qui mêle le droit avec le fait doit être rejetée.

Le Défendeur Bergeron, dans l'Exception qu'il produisit à l'encontre de l'action du Demandeur commençait par alléguer : " que les allégués de la déclara- " tion du demandeur sont mal fondés tant en droit qu'en fait," et ensuite il continuait à énoncer ses moyens de défense à la demande, fondés sur des faits particuliers propres à repousser la demande.

Le Demandeur fit motion le 24 avril 1857, pour le rejet de cette Exception " comme étant irrégulière et inadmissible, le dit Jean Bte. Bergeron y mêlant " le fait et le droit."

Cette motion fut accordée nonobstant les prétentions du Défendeur Bergeron qui soutenait que son Exception ne devait pas être rejetée *in toto*.

Le jugement de la Cour est comme suit :

" The Court having heard the parties by their Counsel, upon the motion of " the Plaintiff, of the 24th April last, to reject the Exception péremptoire per- " pétuelle en droit, pleaded and fyled by Jean Baptiste Bergeron one of the " Defendants in this cause, having examined the proceedings, and having deli- " berated, doth grant the said motion for the reason therein assigned, and doth " reject the said Exception, with Costs."

DeBleury, pour le Demandeur.
R. Roy, pour le Defendeur.
(P. R. L.)

MONTREAL 27TH JUNE 1857.

Coram SMITH, J., C. MONDELET, J., CHABOT J.

No. 307.

Adam v. *Sutherland.*

Held, that if the Plaintiff neglects to give security for costs within a delay to be fixed by the Court his action will be dismissed upon motion.

The Plaintiff in this cause having left his domicile in Lower Canada during the pendency of the suit to reside beyond the limits of the Province and this fact

* Vide 41 Geo. 3, ch. 7, sect. 18.

having been established by affidavit; the Defendant within the delay pointed out by the Rules of Practice moved that he be held to give security for Costs and that all proceedings be stayed until such security be given. The motion having been granted, on the 26th February 1856, the Plaintiff never gave the security required. On the 17th June 1857, the Defendant made the following motion after having given previous notice to the Plaintiff who did not show cause to the contrary:

"Motion; on behalf of the said Defendant that in consequence of the said "Plaintiff not having given security for costs conformable to the Rule or order "of this Honorable Court in that behalf the said Plaintiff be held to give such "security within such reasonable delay that this Honorable Court may order and "that in default of the said Plaintiff not giving such security within such time "that this action be dismissed with costs."

This motion was granted by the Court,—The judgment is as follows:

The Court having heard the parties by their Counsel upon the motion of the Defendant of the 17th June instant, examined the proceedings and having deliberated, Doth grant the said motion, in consequence doth order that the Plaintiff do on or before the first day of September next, give security for Costs in this cause, and in default of the said Defendant not giving such security within the delay aforesaid, the Court doth dismiss this action with Costs.

R. & G. Laflamme, Attorneys for Defendant.
De Boucherville, Attorney for Plaintiff.

P. R. L.

MONTREAL, 30TH APRIL, 1857.

Coram DAY, J., MONDELET, (C.) J., CHABOT, J.

No. 681.

Soupras, v. *The Mutual Fire Insurance Company for the Counties of Chambly and Huntingdon.*

Held,—In the case of a Policy of Insurance granting permission, in the body thereof, to insure elsewhere, on giving notice to that end to the Directors of the Company, in order that the second Insurance might be endorsed on the Policy, and requiring by the By-laws of the Company printed on the back of the Policy that such notice be given and such second Insurance endorsed on the Policy, *à peine de nullité*, that a notice of such second insurance given *after* the fire, and, as a consequence, *not* endorsed on the Policy, is sufficient.

This was an action on a fire Policy on goods and merchandizes, for the recovery of the sum of £275 currency, and was resisted on the ground, that by the terms of the Policy itself, by the By-laws of the Company Defendant, and by the law regulating mutual Insurance Companies in Lower Canada, it was incumbent on the Plaintiff to give notice to the Company of any second Insurance effected by him on the property insured, and that in default of his so doing, and of such second insurance being actually endorsed on the Policy, he should forfeit all interest in the Policy; that he had in fact insured the same property at "The Equitable Fire Insurance Company of London," without giving the required notice and without procuring the necessary endorsement on the Policy

Soupras v. The Mutual Fire Insurance Company for the Counties of Chambly and Huntingdon.

he had received from the Company Defendant, and that such Policy was consequently null and void.

The evidence in the case established, that the second insurance complained of by the Company had been effected by the Plaintiff, and that no notice thereof was given to the company until *after* the fire, and, as a consequence that no endorsement of such second insurance had been ever made on the Policy granted by the Company Defendant.

The precise wording of the clause in the body of the Policy affecting the question at issue is as follows :

" Le dit assuré se réservant le droit de faire assurer les dites marchandises, etc., pour une même somme à un autre bureau d'Assurance, en par lui le dit assuré donnant avis aux directeurs de cette compagnie de telle seconde assurance afin de la faire endosser sur la Police émanée de ce bureau."

The By-law endorsed on the Policy and invoked by the Defendant is in the following words :

" Dans le cas où les bâtiments ou autres propriétés assurés par cette compagnie, se trouveraient, lors de l'assurance d'iceux ou après, assurés par aucune police accordée par cette compagnie, ou par aucune autre compagnie d'assurance, ou par d'autres assureurs particuliers, telle assurance doit être déclarée à cette compagnie et mentionnée ou endossée sur la police émanée par ce bureau, autrement la police émanée par cette compagnie sera nulle et d'aucun effet."

The law regulating Mutual Fire Insurance Companies in Lower Canada is the 4th William the Fourth ch. 33, and the only section having reference to the question of double insurances is the 23rd and is worded as follows :

" That if any insurance on any *house* or *building* shall be made with the Company, and with any other insurance company or office or persons at the same time, the policy issued by the company shall be void, unless such double insurance shall have been agreed to by the directors, and their consent to the same signified by an indorsement on the policy, signed by the president and secretary ***." (1)

Day, J., dissentiens,—The question submitted for the consideration of the Court is one purely of law, and although there can be no doubt of the entire good faith of the Plaintiff, nevertheless, the rules of law applicable to the present case are so strict, that in my opinion they cannot be departed from, however injuriously they may operate against the apparently just rights of the Plaintiff. We have in the first place the Provincial Statute, 4, Wm. 4, ch. 33, which in its 23rd section enacts in precise language, that not only must notice be given of a double insurance but a record thereof must be made on the back of the Policy and signed by the President and secretary of the company, and all this *à peine de nullité*. Now this is an Act founded on public policy and largely affecting public interests, and in my opinion leaves no power or discretion in the Directors in any way to waive its provisions. We next come to the requirements of the policy itself. In the body of the Policy there is doubtless a consent given on the part of the Directors to insure elsewhere, but

(1) The italics are the Reporter's.

this consent can have no legal effect in this form, for by the terms of the law, which as I said before can in no degree be waived, it must be endorsed on the policy and signed by the President and Secretary. Then by the 8th Bye-law of the company, which is made one of the special printed conditions of the policy, the want of such endorsement is declared so to vitiate the policy as to render it absolutely null and void. And lastly, by the 29th Bye-law it is required, that all double insurances shall be communicated under oath, and in the present case there is no proof that any such oath was tendered. On the whole therefore, although I have no doubt of the good faith of the Plaintiff and although it has been proved that the Directors knew all about the matter, I consider the want of notice and endorsement thereof on the Policy to be fatal, and am consequently of opinion that the Plaintiff's action ought to be dismissed.

Cited,—Dalloz, Rep. *verbo ass*, *Ter.*, Nos. 93 and 94, and 56, 57 and 59.

Scott v. The Phœnix Ins. Co., Stuart's Reports, p. 152.

2nd Blackstone's Reports, pp. 574, 577 and note.

6. Term Reports, pp. 717, 719.

Dict. Cont. *verbo ass. ter.*, No. 120.

Mondelet, J. Le contrat d'assurance est un contrat aléatoire qui doit être exécuté de bonne foi. Ce principe a été consacré par la Cour d'Appel dans la cause de Casey et Goldsmid. (1)

Si dans la présente cause, nous trouvons la preuve que les actes ont été exécutés de bonne foi, quoiqu'en Angleterre et ailleurs l'on aurait insisté sur l'application du strict droit, nous devons les admettre et les confirmer.

Le statut parle du consentement sans en prescrire aucune forme. L'endossement serait nécessaire si l'on ne trouvait pas dans la police une convention que l'assureur aura le droit de s'assurer aussi, où bon lui semblera. Par conséquent il suffit d'avoir la preuve de ce contrat, or la déclaration mutuelle des deux parties que cela pourrait se faire en constate la preuve. Il n'est donc pas nécessaire de chercher en Angleterre ce qui s'observe sur cette difficulté, car ici le consentement est donné. L'effet de l'endossement était de constater ce consentement, or il n'en est pas besoin.

Mais, dit-on, vous n'avez pas donné avis de votre seconde assurance. Je dois observer que la loi n'indique pas ni la forme de cet avis ni l'époque. C'est sans doute pour empêcher les fraudes, mais il n'est pas prouvé que l'acquéreur ait exercé aucune fraude.

Car loin de commettre une fraude, il se rend au bureau de l'Equitable aussitôt après le sinistre et ayant reçu une proportion de ses pertes, il informe les Défendeurs qui pouvaient n'en rien savoir, qu'il a reçu tant de l'Equitable et ne leur demande que la balance de ses pertes éprouvées par le sinistre. Néanmoins les Défendeurs qui ont reçu la prime sur sa police, aussitôt qu'ils sont informés de ce fait par lui-même, se refusent injustement de lui payer leur proportion en lui alléguant toutes sortes d'informalités qui sont plaidées en cette cause.

Ce n'est pas de la sorte que les contrats d'assurance doivent être suivis. Dans un pareil cas où l'assuré qui agit de bonne foi et qui payé d'une partie de ses

(1) 4 L. C. Reports, page 107.

Soupras v. The Mutual Fire Insurance Company for the Counties of Chambly and Huntingdon.

pertes, n'en exige que la balance d'une seconde compagnie d'assurance, nous devons faire l'application juste des lois comme elles doivent être administrées dans ce pays, avec raison et justice. Dans la cause de Casey et Goldsmid, les assureurs prenaient avantage d'une simple omission de la part de l'assuré. En Appel tous les juges furent unanimes à déclarer que le contrat d'assurance doit être exécuté de bonne foi ; quoique M. le Juge Aylwin ait différé sur d'autres points de la cause.

La Cour.... considérant " que les Défendeurs n'ont aucunement fait preuve " des allégués de leur exception et qu'ils n'ont aucunement justifié leur préten- " tion que le Demandeur a enfreint les conditions de la police d'assurance dont il " est question entre les parties, et qu'il n'a aucun droit de recouvrer ce qu'il " réclame par son action, déboute la dite Exception."

Judgment for the Plaintiff.

Quimet, Morin & Marchand, Attorneys for Plaintiff.
Cherrier, Dorion & Dorion, Attorneys for Defendant.

(S. B.)
(P. R. T.)

COURT OF QUEEN'S BENCH.

QUEBEC, 1st JULY, 1857.

Coram Sir L. H. Lafontaine, Bart. C. J., Aylwin, J., Duval, J., Caron, J.

No. 105.

The sisters of Charity of the General Hospital, (*Plaintiffs in the Court below,*) *Appellants,*

AND

P. Primeau, (*Defendant in the Court below,*) *Respondent.*

Lods et ventes—Simulated Deeds.

A proprietor of a land held in free and common soccage and also of a land held *en censive* sold to B. the former and immediately exchanged land so sold for land *en censive*.
Held, that these deeds will be presumed to be simulated and to cover a fraud of the seigniors' *lods et ventes*.

This was an action by the seigniors of the seigniory of Chateauguay for the sum of £25 for lods et ventes on the sale of a certain land within the said seigniory. The declaration set up that one M. A. Primeau, had by a deed of sale passed at Ste. Martine, on the 5th day of October 1852, in the forenoon sold a lot of land, held in free and common soccage in the seigniory of Annfield to the Defendant for the sum of £125 and the same day also in the forenoon the said M. A. Primeau and the said Defendant exchanged the lot in the seigniory of Annfield for one in the seigniory of the Plaintiffs, that these deeds are simulated and made to cover a real sale of the land in the seigniory of Chateauguay and thus to defraud the Plaintiffs of their *lods et ventes*, and that the real value of the land so sold was £300 and not £125. In support of this Declaration the Defendants filed authentic copies of the said deeds.

The Defendant pleaded that the deeds were serious and that he had not defrauded in any way the said Plaintiffs.

The Sisters of Charity of the General Hospital v. P. Primeau.

The Defendant was interrogated on *faits et articles* but no witnesses were examined, the defendant admitting that the land in the Seigniory of Annfield was not subject to *lods et ventes* and that the one situate in Chateauguay was so.

The Superior Court sitting at Montreal dismissed this action on the ground that there was no proof of simulation and that the case was not similar to Ramsay & Guilmettre *, and the other cases of this description decided by the Superior Court.‡

From this decision the Plaintiff Appealed.

Caron, J. En octobre 1852, Marc A. Primeau, frère de l'intimé, était propriétaire de deux terres, l'une tenue en franc et commun soccage, et l'autre située dans la Seigneurie des Appelantes, et partant sujette aux prestations seigneuriales, et entr'autres, au paiement des lods et ventes à chaque mutation à titre de vente. Les Appelantes prétendent, que l'Intimé voulant acquérir celle située dans leur Seigneurie, et non celle en franc et commun soccage, mais voulant aussi éviter le paiement des lods et ventes, auxquels cette acquisition aurait donné ouverture, s'il l'eut achetée directement, aurait eu recours, à cette fin, à l'expédient suivant: le dit jour, 5 octobre, 1852, il aurait acheté de Marc A. Primeau, à raison de £125, la terre en franc et commun soccage, par acte de vente de cette date, Lebrun, Notaire, no. 5692, et le même jour, par acte de même date, devant le même notaire, et portant le no. 5693, le dit Intimé aurait donné à son frère, vendeur, le même Immeuble ainsi acheté, en échange contre la terre appartenant à ce dernier, et située dans la seigneurie des Appelantes, lesquelles disent et allèguent, que ces deux actes ne forment qu'une seule et même transaction ; que l'Intimé n'a jamais eu l'intention de faire l'acquisition de la terre en soccage, que l'achat qu'il en a fait était dans le but de l'échanger ensuite contre l'autre, que seule il voulait acquérir ; que ce procédé était dans le but unique d'éviter le paiement des lods et ventes, auxquels les appelantes avaient droit ; qu'il n'a jamais pris possession de la terre en soccage, que ces actes sont faux, simulés et frauduleux, faits et passés aux fins de frauder les appelantes, lesquelles disent de plus que la valeur de la terre située en leur seigneurie, au lieu d'être de la valeur de £125, était en réalité de £300 qui est la somme que l'Intimé a vraiment payée à son frère pour le prix de la dite terre, qui a réellement été acquise à titre de vente, à raison de £300, que l'Intimé a payés ou promis payer pour prix d'icelle, et que partant cette acquisition a donné en leur faveur ouverture à un droit de lods et ventes, sur la dite somme de £300, fesant £25, pour laquelle somme leur présente action est portée.

La défense consiste dans une espèce de dénégation, dans laquelle le Défendeur affirme que les actes en question sont véritables et nullement frauduleux ni simulés, que les parties en les passant étaient sérieuses, et n'ont fait que ce que la loi leur permettait de faire.

Toute la preuve dans la cause consiste dans la production des deux actes en question et dans les réponses faites par l'Intimé aux interrogatoires sur faits et articles que lui ont soumis les appelantes ;. et aussi dans une admission de faits,

* Vide the Law Reporter p. 34.

‡ Vide supra, p. 13.

The sisters of Charity of the General Hospital v. P. Primeau.

signée des parties, dans laquelle elles admettent que l'Immeuble vendu par l'acte de vente, no. 5692, est et était lors de l'action situé dans une partie de la seigneurie d'Annfield tenue en franc et commun soccage, et partant non sujette au droit de lods et ventes, et que l'Immeuble reçu en échange pour cette terre par le dit Intimé, était située dans l'enclave de la seigneurie des Appelantes, (Seigneurie de Chateauguay.)

Des réponses, il résulte:

1o. Que le Défendeur lors des actes en question ne savait pas et ne sait pas encore, que la terre qu'il achetait est tenue en franc et commun soccage. (3 Interrogatoire.)

2o. Il n'a pas pris autre possession que par son titre, de la terre achetée. (4 Interrogatoire.)

3o. La terre de Chateauguay ne valait pas £300, lors de l'échange; elle ne valait que £125, et *pas plus*. (6 Int.)

4o. Il n'a promis payer à Marc Ant. Primeau, pour la terre achetée que £125, il les lui a payés et rien de plus, et a échangé cette terre pour l'autre. (7 Int.)

5o. Quand la vente a été faite, nous ne pensions nullement à faire l'échange. (8 Int.)

6o. Il n'a promis que les £125, pour la terre et rien autre chose. (9 Int.)

7o. Nie positivement que lorsqu'il a acheté la terre en soccage, il avait déjà acheté la terre de Chateauguay pour £300 ou pour quelqu'autre prix. (10 Int.)

8o. Il dit positivement qu'il avait eu l'intention de devenir propriétaire de la terre désignée dans l'acte de vente, (celle en soccage). (11 Int.)

9o. Au 12e et dernier interrogatoire, il dit, qu'il est devenu propriétaire de la terre de Chateauguay au moyen d'un échange qui a été fait sans soulte. (12 Int.)

La Cour Inférieure par son jugement dont est appel, a renvoyé l'action, donnant pour motifs.

"That the Plaintiffs have not proved their material allegations, and that it "does not appear that the deeds of sale and exchange were simulated and "feigned, or that the same were not intented to bind and oblige the parties "thereto, according to the terms of the said deeds, doth dismiss the action."

Par ce jugement, la Cour Inférieure a accordé la prétention du Défendeur qui soutenait que c'était aux Demanderesses à établir, par une preuve suffisante et légale, la fraude et simulation qu'on lui imputait, que dans ce cas comme toujours, cette fraude et simulation ne se présumaient pas, et surtout, que dans l'espèce il n'y avait aucunes circonstances qui pussent les faire présumer, de manière à lui imposer (au Déf.) l'obligation de repousser et détruire cette présomption que l'on veut inférer des actes mêmes.

Les Appelantes au contraire ont soutenu que les indices résultant des actes eux-mêmes, établissent la fraude et simulation, ou la font légalement présumer d'une manière suffisante pour qu'il ne soit pas besoin d'autre preuve; étant du devoir du Défendeur d'expliquer les circonstances de manière à repousser cette présomption résultant des actes mêmes.

Tous conviennent que le censitaire a droit de frauder le Seigneur des lods et

ventes, dans ce sens qu'il peut légalement faire tous actes qui pourront avoir l'effet de le mettre à l'abri du paiement de ce droit, pourvu que ces actes ainsi faits soient sérieux, véritables et non simulés. Cette proposition est évidente et ne souffre pas de difficulté, 7 Rep. V°., Fraude, 656 (très positif et clair), 6 do V°. Echange, 588, (et maintes autres.)

Une autre proposition également claire, c'est qu'il faut que les actes auxquels l'on a recours soient sincères, vrais et sérieux, s'ils sont feints et simulés, ils sont nuls quant au seigneur et les lods et ventes sont dûs.

" Tout ce que l'on considère dans ces rencontres est si l'échange est sérieux," (7 Rép. déjà cité.)

Il est également admis que plusieurs fois, il arrive que les actes passés par les parties sont faits de manière à faire appercevoir la simulation et à montrer qu'en les fesant, elles n'étaient ni sérieuses, ni sincères.

La question dans l'espèce est de savoir d'abord si les actes produits par les Demanderesses établissent cette simulation de manière à les exempter de toute autre preuve, et ensuite, si les réponses sur faits et articles, données par le Défendeur, aux interrogatoires qui lui ont été soumis peuvent être pri es en sa faveur pour repousser la présomption qui peut résulter des actes mêmes.

Sur le premier point, le fait que l'acte de vente et l'acte d'échange ont été passés le même jour, par le même notaire, qu'il n'y a pas eu de tradition, et que l'acheteur n'a jamais eu la possession, sont sûrement des circonstances bien fortes qui font présumer que les parties en fesant l'échange, employaient ce moyen pour faire parvenir à l'Intimé la terre de Chateauguay, qui dans le fait et en réalité lui était vendue pour la somme qu'il payait pour celle en soccage. Et si l'on en croit les autorités citées et surtout Pocquet, page 618, et Loysel, *retrait*, règle 26, Ces circonstances qui se trouvent dans le cas présent ont suffisantes pour donner gain de cause au seigneur.

Pourtant, il est possible que les parties aient été de bonne foi ; que la vente ait été sincère et sérieuse, que l'intention de l'Appellant ait été d'abord d'acheter la terre d'Annfield et de s'y établir. Qu'ensuite il ait changé d'avis et préféré s'établir sur l'autre terre, et que pour l'accommoder, son frère ait consenti à l'échange. Si tel était le cas, et que la chose pût être établie, nul doute que les lods et ventes ne seraient pas dûs. Les Demanderesses ont senti que c'était à elles à prouver la simulation, c'est à cette fin qu'elles ont soumis des faits et articles au Défendeur. Or, non seulement les réponses aux faits et articles sont défavorables aux Appellantes, mais elles montrent que les parties étaient sincères et qu'il n'y a pas eu de simulation.

Les Appelantes n'ont pas déclaré qu'elles ne fesaient pas usage des réponses, qui partant font partie de la preuve, et étant des réponses directes aux questions posées, doivent servir au Défendeur qui les a données. Ce n'est pas le cas de dire que la partie ne peut se faire une preuve à elle-même par les réponses qu'elle donne, ce sont les Demanderesses qui en cherchant à se faire une preuve dont du moins elles pensaient avoir besoin, ont provoqué ces réponses qui leur sont défavorables et, je crois, devoir être prises contre elles.

S'il est permis d'employer les moyens de ne pas payer de lods et ventes, pourquoi le seigneur serait-il plus que tout autre exempt de l'obligation de

The sisters of Charity of the General Hospital v. P. Primeau.

prouver la fraude et la simulation qu'il allègue, pourquoi la fraude, contrairement à toute règle, serait-elle présumée en sa faveur, je ne vois pas dans le droit en question de faveur qui puisse lui faire accorder ce privilége.

J'incline à confirmer le jugement pour la raison que la simulation alléguée n'est pas prouvée.

Les Appelantes devaient prouver :

Aliud actum quam scriptum, elles ne l'ont pas fait, 3 Guyot, *fief*, 234, et surtout 235.

" Il faut prouver la simulation, non la fraude, de 235."

Le no. 10 de la page 235 est très fort pour le Défendeur. Merlin, Rép., Fraude, Rép. Guyot, Fraude, Fonmaur no. 828, est très fort.

Lafontaine, J. en Chef. Les Appelantes étaient demanderesses en Cour de première instance. Comme Seigneuresses de Chateauguay, elles réclamaient des lods et ventes dans les circonstances suivantes :

Le nommé Marc Antoine Primeau, frère du Défendeur, l'intimé, était propriétaire, le 5 octobre 1852, de deux terres, l'une située dans la Seigneurie de Chateauguay, et l'autre dans cette partie de la seigneurie d'*Annfield*, qui était déjà alors sous la tenure de franc et commun soccage.

Le même jour, 5 octobre 1852, deux actes notariés, passés l'un à la suite de l'autre, devant le même notaire instrumentaire, et portant, par conséquent, des numéros successifs, savoir les Nos. 5692 et 5693, interviennent entre les deux frères. L'un de ces actes est fait comme étant une vente par le dit Marc Antoine Primeau à son frère, l'intimé, de sa terre dans *Annfield*, pour la somme de £125 courant, et l'autre est rédigé comme comportant un échange, entre les deux frères, des deux terres en question, fait, comme il est dit dans l'acte, " but-à-but," c'est-à-dire sans soulte ni retour.

Les Appelantes prétendent que les deux actes sont *simulés*, et faits pour déguiser une vente réelle de la terre située dans la seigneurie de Chateauguay. Aussi réclament-elles des lods et ventes, au montant de £15, suivant la valeur qu'elles donnent à la terre qu'elles allèguent avoir été ainsi vendue, prétendant que c'est le prix convenu entre les parties.

Le Jugement dont est appel les a déboutées de leur demande, " considering," y est-il dit, " that it does not appear that the deed of sale and the deed of exchange, in the declaration mentioned, were simulated and feigned, or that the same were not intended to bind and oblige the parties thereto according to the terms and effect of the said deeds and of each of them." (1)

Toute la question git dans l'appréciation de la preuve. Cette preuve repose sur les énoncés des deux actes que les deux frères ont faits entre eux, et sur les réponses de l'intimé à des interrogatoires sur faits et articles. Y a t-il eu d'abord une vente sincère, puis un échange sincère ? ou bien ces deux actes ont-ils été simulés pour déguiser une vente, seul objet de la transaction que les parties avaient arrêtée entre elles ? C'est là la question.

La terre d'*Annfield* qui, d'abord, fait l'objet de l'acte de vente, et est ensuite immédiatement donnée en contre-échange au vendeur lui-même, est déclarée,

(1) Présents, MM. les Juges Day, Smith et Badgley.

dans les deux actes, ne contenir que 18 arpents, 11 perches, et 144 pieds en superficie; on la vend "avec les bâtisses dessus érigées;" mais on ne dit pas quelles sont ces bâtisses. Dans l'acte de vente, comme dans l'acte d'échange, les parties déclarent que cette terre est sous la tenure de franc et commun soccage. Par conséquent elle n'est pas, dans ses mutations par vente ou par acte équipollent à vente, assujettie au droit de lods et ventes. De plus, dans l'acte de vente, l'intimé se dit *content* de la terre "pour l'avoir visitée."

La terre que l'intimé reçoit en contre-échange, est une terre de deux arpents de largeur sur 33 arpents de profondeur, c'est-à-dire de 66 arpents en superficie. Sa contenance excède par conséquent celle de l'autre, d'au moins 47 arpents. De plus il y a sur cette terre, "une maison en pierre, une grange et autres bâtisses." L'on voit de suite que la terre de Chateauguay est une terre de plus grande valeur que celle d'*Annfield*. Cependant l'échange est déclaré être fait "but-à-but," c'est-à-dire sans soulte ni retour.

Voyons maintenant ce que l'intimé répond aux interrogatoires sur faits et articles.

Au 3e interrogatoire, il répond:

"Je n'ai jamais sû, et je ne sais pas encore si ce terrain (la terre d'*Annfield*) est tenu en franc et commun soccage; et s'il est exempt de lods et ventes; je ne me suis jamais informé de cela, et on ne me l'a jamais dit."

Le 4e interrogatoire est en ces termes: "N'est-il pas vrai que vous n'avez jamais pris possession du dit immeuble (c'est-à-dire de la terre d'*Annfield*), et que vous ne le connaissiez pas? Sinon, dites quand vous en avez pris possession, et quand vous l'avez vu?" Il répond ainsi: "J'en ai eu possession par mon titre; mais je n'ai pas travaillé sur ce terrain, car je l'ai échangé le même jour."

Dans sa réponse au 5e interrogatoire, il admet qu'il savait que la terre de Chateauguay était soumise au droit de *lods et ventes*.

Par le 8e interrogatoire, on lui demande: "N'est-il pas vrai que lorsque l'acte de vente a été passé, il était convenu et entendu entre vous, et le dit Marc Antoine Primeau, que l'acte d'échange serait immédiatement passé?" Réponse: "Non, quand la vente a été faite, *nous ne pensions nullement à faire l'échange.*" Le croira qui voudra.

11e interrogatoire, "n'est-il pas vrai que vous n'avez jamais eu l'intention de devenir propriétaire ou d'aller vous établir sur la terre d'*Annfield?*" Réponse: "J'ai eu cette intention." Le croira encore qui voudra. Cette intention n'a pas duré longtemps, puisque l'acte d'échange a été passé immédiatement après l'acte de vente, et devant le même notaire.

Il me semble qu'il suffit de citer ces réponses de l'intimé, pour constater, d'abord sa mauvaise foi, et ensuite pour démontrer que les deux actes qu'il a faits avec son frère sont des actes *simulés*, au moyen desquels on a voulu déguiser une vente. Le *gestum* est contraire au *scriptum;* "ce qui," comme je l'ai déjà remarqué dans la cause de Rolland contre Lareau,* "constitue la simulation, cette espèce de fraude dont le seigneur a droit de se plaindre, puisque le contrat qu'on lui a présenté comme étant un simple échange, n'est pas celui que les parties ont *in veritate et in effectu* passé."

* V. 5 L. C. R., p. 75.

The sisters of Charity of the General Hospital v. P. Primeau.

Je suis donc d'avis que l'appréciation que la cour de première instance a faite de la preuve, est une appréciation inexacte, et que par conséquent, il y a eu erreur dans son jugement.

Quant au montant des lods à accorder, ils ne peuvent l'être que sur une somme de £125, les appelantes n'ayant pas fait preuve d'un plus haut prix que celui avoué par l'intimé.

Duval J. The *censitaire* is not obliged to make a contract favorable to the Seignior; but it would be very immoral to say, as it is commonly said, that the *censitaire* has the right *de frauder son Seigneur*. The *censitaire* has no more right to defraud his seignior than he has to defraud any one else. It is true he may make a deed to avoid paying *lods et ventes*, but it must not be a simulated deed. His calling his deed of acquisition a different name does not alter its nature. In this case the deed of sale and the deed of exchange are both made the same day, in the forenoon, before the same notary, and the Court may presume, under the circumstances, that it was at the same instant, for the notaries' numbers follow; the one being No. 5692 and the deed of exchange being No. 5693. If the respondent had changed his mind after purchasing the first land, as has been pretended, he might have produced his witnesses to prove it.

Judgment for Appellants.

Cherrier, Dorion and Dorion, Attorneys for Appellants.
Leblanc and Cassidy, Attorneys for Respondent.
(T. K. B.)

FROM THE DISTRICT OF THREE RIVERS.

QUEBEC, 1st JULY, 1857.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE, BART., C. J., AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

No. 75.

LAMBERT, (*Plaintiff in the Court below;*)
Appellant.

AND

GAUVREAU and UZOR, (*Defendants in the Court below.*)
Respondents.

Held, that a will made *en forme authentique* though valueless in that form, may be proved and used as a will in the English form.

Lafontaine, J. en chef.—Il s'agit dans cette instance, de la succesion de Léger Lambert, fils de l'Appelant, et premier mari de Marguerite Beaudon dite Larivière, Intimée.

L'Appelant, prétendant que son fils est décédé *ab intestat* et sans enfant, revendique tous les biens de la succession, comme étant son seul et unique héritier.

Léger Lambert a fait un testament en date du 6 avril 1837, reçu devant Me Basin, notaire, en présence de deux témoins, par lequel testament il institue sa femme sa légataire universelle. Ce testament qui, comme on le voit, a été fait dans la forme d'un testament solennel ou authentique, est invoqué par les Intimés pour repousser la demande de l'Appelant.

Le testament est écrit de la main du notaire Bazin, à la requête du testateur qui le lui a "dicté et nommé" en présence des susdits deux témoins "pour ce appelés qui ont signé avec le dit Sieur testateur et nous notaire après lecture faite et refaite." En effet il est établi que le testament porte les vraies signatures du testateur, des deux témoins et du notaire Bazin. Il a donc toute l'apparence d'un testament régulièrement fait dans la forme solennelle et authentique. "Pour réputer un testament solennel," dit l'article 289 de la Coutume de Paris, "est nécessaire qu'il soit écrit et signé du testateur; *ou* qu'il soit passé pardevant deux notaires..... *ou* un notaire et deux témoins, etc." Mais il faut que ces témoins, (et c'est une des conditions requises par le même article), soient "âgés de vingt ans accomplis." L'un des témoins, Philippe Dionne, n'avait pas encore atteint cet âge, lorsqu'il assista comme témoin à la confection du testament de Leger Lambert. Aussi l'Appelant attaque-t-il ce testament de nullité à raison de cette incapacité légale du témoin. Cette incapacité étant clairement prouvée, la cour de première instance a bien jugé, en déclarant que le testament ne pouvait valoir comme testament solennel. (1)

D'un autre côté, les Intimés répondent que, si le testament ne peut valoir comme testament *solennel*, il doit néanmoins valoir comme testament fait suivant *les formes anglaises*, puisqu'il réunit toutes les conditions requises pour la validité d'un pareil testament, et qu'on ne peut, dans ce cas, invoquer un défaut d'âge dans la personne du témoin Dionne. Ce moyen a été accueilli par la cour de première instance qui a débouté l'Appelant de son action, "considérant que le testament invoqué par les Défendeurs est légal et suffisant suivant les dispositions des lois d'Angleterre suivies à cet égard dans le Bas-Canada."

Deux questions principales se présentent: la première est celle de la conversion d'un testament en un autre testament; la seconde est celle de savoir si, cette conversion étant admise, le testament de Léger Lambert réunit les qualités nécessaires à la validité d'un testament suivant la forme du droit anglais.

Sous l'empire de la Coutume de Paris, nous ne pouvions, avant l'année 1774, reconnaître en ce pays que deux formes de testament; le testament solennel ou authentique, fait avec l'assistance d'un officier public, tel que le prescrit l'art. 289 de cette coutume, ou le testament olographe dont il est question au commencement du même article, et qui doit être entièrement écrit et signé par le testateur. Une personne ne pouvait tester sous la forme mystique ou sous la forme nuncupative, ainsi qu'il était permis de le faire dans les *pays de droit écrit* en France. Nous en avons la preuve dans l'arrêt du Parlement de Paris du 15 Mars 1639 qui déclara nul le testament de Champlain, qui avait été fait dans la ville de Québec dont il était le fondateur, et ce "en la présence de huit témoins et d'un nommé de la ville se disant greffier de ce lieu—testament conçu en la première personne et écrit par un qui ne s'était nommé.." (2.)

Depuis l'année 1774, nous avons une troisième espèce de testament, celle qui était alors autorisée par les lois d'Angleterre. Le statut Impérial, communé-

(1) Jugement rendu aux Trois-Rivières, le 10 juin 1854. Présents, M. le juge en chef Bowen, et MM. les juges D. Mondelet et C. Mondelet.

(2.) Bardet, t. 2, livre 8, chap. 13.

Lambert v. Gauvreau et Uxor.

ment appelé "l'acte de Québec," (14e Geo. 3, c. 83, s. 10) porte "qu'il sera et "pourra être loisible à toute et chaque personne, propriétaire de tous immeubles, "meubles ou intérêts, dans la dite Province, qui aura le droit d'aliéner les dits "immeubles, meubles ou intérêts, pendant sa vie, par ventes, donations, ou au-"trement, de les tester et léguer à sa mort par testament et acte de dernière "volonté, nonobstant toutes lois, usages et coutumes à ce contraire, qui ont pré-"valu, ou qui prévalent présentement en la dite Province; soit que tel testa-"ment soit dressé suivant les lois du Canada; *ou suivant les formes prescrites* "*par les lois d'Angleterre.*

Et notre statut provincial de 1801, ch. 4 explicatif de la disposition précitée du statut impérial, porte, "qu'il est ou sera loisible à toutes personne ou person-"nes saines d'entendement et d'age, usant de leurs droits, de léguer et disposer "par testament ou actes de dernière volonté, soit entre conjoints, par mariage "en faveur de l'un ou de l'autre des dits conjoints, soit en faveur de l'un ou "plusieurs de leurs enfans à leur choix, ou en faveur de qui que ce soit, de tous "et chacuns leurs biens, meubles ou immeubles, quelque soit la tenure des dits "immeubles, et soit qu'ils soient propres, acquêts ou conquêts, sans aucune réserve "restriction et limitation, nonobstant toutes lois, coutumes et usages à ce con-"traires. Pourvû néanmoins que le testateur ou la testatrice, étant conjoint ou "conjointe par mariage, ne pourra tester que de sa part des biens de sa commu-"nauté ou des biens qui lui appartiendront autrement, ni préjudicier par son "testament aux droits du ou de la survivante, ou au douaire coutumier ou préfix "des enfans. Pourvû aussi, que le droit de tester, tel que dessus spécifié et dé-"claré, ne pourra être considéré s'étendre à donner pouvoir de léguer et donner "par testament ou ordonnance de dernière volonté, en faveur d'aucune corpora-"tion ou autres gens de main-morte, excepté dans les cas où telle corporation "ou gens de main-morte auront la liberté d'accepter et recevoir suivant la loi."

Il est à remarquer que le statut de 1774 non-seulement introduit une nouvelle forme de tester, mais que joint à celui de 1801, il donne aux canadiens la faculté illimitée de disposer de tous leurs biens en faveur de qui bon leur semble, par testament, soit solennel ou authentique, soit olographe, soit fait suivant les *formes Anglaises.* Il n'y a plus, pour ainsi dire, de restrictions, ni de réserves coutumières auxquelles il soit défendu de toucher. Le droit de tester est donc devenu dans nos lois un droit favorable, tellement favorable que ce serait contrevenir à l'esprit et à la lettre de ces lois que de chercher à en restreindre l'exercice par simple voie interprétative et par l'application de règles défendues, il est vrai, par quelques auteurs, mais généralement répudiées en France, même dans l'ancien droit.

La règle du droit anglais, relative à la forme de testament introduite dans ce pays par l'acte imperial de 1774, et applicable à la présente cause, est celle qui se trouve dans cette disposition du *Statute of frauds* (29 Car. 2, s. 5.) "That "all devises and bequests of any lands or tenements.... shall be in writing, and "signed by the party so devising the same, or by some other person in his pre-"sence and by his express directions, and shall be attested and subscribed in "the presence of the said devisor by three or four credible witnesses, or else they "shall be utterly void and of none effect."

Cette forme de testament n'était pas inconnue dans l'ancienne législation française qui régissait *les pays de droit écrit*, et qui permettait de tester sous la forme mystique ou sous la forme nuncupative. Ces formes avaient leur origine dans le droit romain. L'écriture était de l'essence du testament mystique, mais elle ne l'était pas dans le testament nuncupatif. Cependant depuis l'ordonnance de *Moulins*, il en a été autrement "Pour le testament nuncupatif," dit Henrys, 6e Ed., t. 3, p. 32, No. 3, "nous n'avons retenu que la simple dénomination: "car au lieu qu'il se faisait verbalement et par une expression vocale, nous le faisons par écrit, et il le faut faire par nécessité, à cause de l'ordonnance de "Moulins, notamment dans le ressort du Parlement de Paris... (1) Tellement "que le testament que nous appelons nuncupatif, n'est point le vrai testament "nuncupatif des romains; mais une nouvelle forme de testament, qui n'étant "solennel ni nuncupatif, est mixte et composé, en tant qu'il tient quelque chose "de la forme des deux."

"Le testament nuncupatif," dit Pothier, "(Don. test. p. 308), se fait de vive "voix en présence de sept témoins, le notaire compris, (à moins que les statuts "particuliers ne se contentent d'un moindre nombre) auxquels le testateur dé-"clare de vive voix ses volontés, lesqu'elles, à mesure qu'il les déclare, sont "rédigées par écrit par le notaire, qui doit ensuite en faire lecture au testateur, "et faire mention de cette lecture; après quoi le testament doit être signé par "le notaire et les autres témoins, et par le testateur, le tout sans divertir à autres "actes; si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il en doit être fait "mention."

"Le testament mystique ou secret se fait en cette forme: le testateur, après "avoir écrit ou fait écrire par un autre ses dernières volontés, qu'il doit signer "de sa main, présente à sept témoins, le notaire compris (à moins que les statuts "particuliers des lieux ne se contentent d'un moindre nombre) le papier où elles "sont contenues clos et scellé, ou le fait clorre et sceller devant eux, leur déclare "que ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et "signé de lui, après quoi le notaire dresse l'acte de suscription qui doit être "écrit sur le dit papier ou sur la feuille qui lui sert d'enveloppe, et cet acte de "suscription doit être signé par le notaire, les autres témoins et le testateur, le "tout sans divertir à autres actes; et si par un empêchement survenu depuis "la signature du testament, le testateur ne pouvait signer, il en sera fait men-"tion."

Pothier n'a fait là que reproduire les dispositions des articles 5 et 9 de l'ordonnance des testaments de 1735. Cette ordonnance, il est vrai, n'a pas été enrégistrée en Canada; mais cela n'altère en rien l'application que j'entends faire des formes mystique ou nuncupative de tester, à la question de la conversion d'un testament en un autre testament. L'ordonnance n'a fait que régulariser et rendre plus précises des formalités qui déjà existaient.

Selon le code Napoléon, un testament peut être olographe, ou fait par acte public ou dans la forme mystique, art. 969. Pour être olographe, il faut qu'il soit "écrit en entier, daté et signé de la main du testateur," art. 970. Pour

(1) Cette ordonnance rejetait la preuve testimoniale au-dessus de 100 livres.

Lambert v. Gauvreau et Uxor.

être fait par acte public, il faut qu'il soit " reçu par deux notaires, en présence de deux témoins, ou par un notaire, en présence de quatre témoins," art. 971. Quant aux formalités exigées pour la validité du testament mystique, l'article 976 du code reproduit presque littéralement la section 9e de l'Ordonnance de 1735, à la différence, quant au nombre des témoins, qu'il n'exige que " six témoins au moins," outre le notaire.

Il s'agit maintenant de constater si la conversion d'un testament en un autre testament est admise par la jurisprudence française tant dans l'ancien que dans le nouveau droit, c'est-à-dire si un testament qui a été rédigé sous une des formes légales, pour valoir sous cette forme, étant néanmoins nul comme tel, soit à raison d'incapacité dans la personne qui l'a reçu, ou dans celle de l'un des témoins, ou à raison de quelqu'autre défaut, peut néanmoins être déclaré valable s'il réunit toutes les conditions requises pour la validité d'un testament sous une autre des formes reconnues par la loi.

Ici, il suffit de recueillir les autorités les plus considérables et les citer.

Ricard, et quelques autres auteurs, ont soutenu la négative. Dans son traité des Donations, 1ère partie, chap. 5, sect. 9, nos. 1609 et 1610, Ricard s'exprime ainsi : " On peut avancer pour une maxime générale, qu'il est nécessaire " que le testament soit parfait en la forme en laquelle le testateur a commencé de " disposer ; et que, quoique cet acte ait des solennités suffisantes pour valoir en " une autre forme permise par la loi, ou par la coutume, il ne laissera pas de " demeurer sans effet, s'il n'est accompagné de celles qui sont requises pour l'accomplissement de l'espèce du testament, en laquelle il a voulu disposer."

" Cette maxime est fondée sur ce que le défunt ayant témoigné vouloir faire " son testament en une forme plus solennelle, il est censé n'avoir pas eu dessein " de confier sa volonté dans une forme plus commune, et moins assurée ; et " ainsi ne se trouvant point parfaite en la manière qu'il a choisie, l'acte qui a " été fait, n'est point suffisant pour faire foi de ses intentions."

Cette opinion de Ricard n'a point prévalu ; elle a été combattue par bien des auteurs, et répudiée par plusieurs arrêts. Ricard lui-même semble être tombé en contradiction, car au no. 548 de la même partie de son traité, il avait déjà dit : " que si le testament était écrit et signé de la main du testateur, " et entièrement accompli en sa forme pour le faire valoir, et qu'il soit seulement reconnu par devant un notaire, qui se trouve légataire dans le testament, " aux fins de le rendre plus authentique, et de lui donner une exécution parée, " non-seulement le testament en entier ne sera point nul, mais même le legs " fait au profit du notaire sera valable : Sa qualité de notaire avec celle de " légataire, ne pouvant au plus avoir effet qu'à l'égard de l'acte qu'il a passé ; " vû que le testament et la reconnaissance faite devant lui, sont deux actes " séparés, qui peuvent subsister l'un sans l'autre ; de sorte que le défaut qui " se rencontre en l'un, ne peut pas faire préjudice à l'autre, qui est demeuré " accompli de toutes ses formes."

Quant à la jurisprudence qui prévalait sous l'ancien droit, l'on peut citer les autorités suivantes :

Lapeyrère, t. 2, au mot " testament," p. 746, no. 7 : " Si le testateur a voulu " tester *solennellement*, et n'a pas pu le faire, le testament vaudra comme *nun-* " *cupatif*, si les formalités du nuncupatif s'y rencontrent."

Brodeau, sur Louet, t. 2, p. 698 : arrêt du parlement de Toulouse, du 4 janvier 1605, confirmant un testament nuncupatif, quoiqu'il n'y eut que six témoins avec le notaire, et que deux n'eussent point été interpellés s'ils savaient signer ou non ; le notaire étant regardé comme servant de 7e témoin. (Cambolas, liv. 3, ch. 46.)

P. 705. Arrêt du même parlement, du 21 janvier 1624, qui a déclaré valable le testament clos fait par une personne qui ne savait ni lire ni écrire, encore que les témoins ignorassent le contenu en icelui ; et jugé que le notaire tenait lieu de huitième témoin en ce testament, car il en fallait huit pour qu'il pût valoir. (Cambolas, liv. 5, chap. 5.)

P. 797 : " Arrêt du parlement de Provence, du 7 décembre 1655, qui confirme le testament d'un aveugle, et déclare que le notaire a pu y servir de *huitième* témoin. (Boniface, t. 2, part. 2, tit. 2, ch. 1.)

Montholon, à la page 161 de son " Recueil d'arrêts de la Cour, prononcés en Robes Rouges," en cite un du mois d'août 1592, confirmant un testament, auquel il n'y avait que six témoins et un notaire, fait à Avignon, encore qu'il fût fait par un mineur au profit de son tuteur ; c'est-à-dire, ainsi que l'auteur s'exprime dans la table, que " le notaire fait un témoin en un testament."

Bardet, t. 2, p. 158. Arrêt du parlement de Paris, en 1634, déclarant bon et valable un testament secret ou mystique fait dans la Coutume de Berry, *écrit de la main du notaire* qui avait reçu l'acte de déclaration. Il fallait, dans cette Coutume, cinq personnes quand le testateur pouvait lui-même écrire, et six quand il ne le pouvait pas, savoir le testateur, la personne confidente qui écrit pour lui, le notaire et trois témoins. On disait contre le testament que " l'une de ces personnes ne pouvait faire la fonction de l'autre, et que néanmoins le notaire avait fait double fonction et représenté deux personnages." On répondait que la Coutume de Berry avait " transcrit de mot à autre le texte de la loi *Hac consultissima*, *C. de testam* par la décision de laquelle il était certain que celui qui avait écrit le testament, y pouvait être témoin."

Basnage, sur l'acticle 413 de la Coutume de Normandie, p. 195, soutient l'affirmative sur la question de savoir si un testament, réunissant par lui-même toutes les qualités d'un testament olographe, peut valoir comme tel, quoiqu'il ait été reconnu devant un notaire, et que cette reconnaissance soit nulle. Il cite Henrys liv. 5, quest. 3, et deux arrêts, l'un du 17 janvier 1616, et l'autre du 27 août 1618.

Mercier, l'auteur du livre intitulé, " Remarques du Droit François sur les Instituts de l'Empereur Justinien," publié en 1655, p. 167 : " Il n'y a rien de " plus favorable que la dernière volonté, qui est la seule chose qui demeure d'un " homme mourant ; *cum non aliud videatur solatium mortis*, dit Quintilien, " *quam volontas ultrà mortem*. C'est pourquoi Constantin, etc., etc."; et après ces citations, l'auteur ajoute : " Toutes ces raisons et une infinité d'autres qui se " trouvent dans le droit, ont fait cette diversité de testaments et de formalités, " qui se pratiquent ; afin que personne ne se trouvât dans l'impuissance de pou- " voir tester, *faute de savoir les formalités requises*, comme il aurait pu s'y trou- " ver, s'il eût été contraint à une seule forme de testament ; *encore bien que l'on* " *doive faire plus d'estat de la volonté du testateur, que de l'étroite observance* " *des formalités.*"

Lambert v. Gauvreau et Uxor.

Si nous recourons aux auteurs modernes, il est facile de faire voir que la doctrine de Ricard a été combattue victorieusement par ceux des commentateurs du code Napoléon, aux écrits desquels nous avons toujours attaché le plus grand poids, tels que Merlin (1) Toullier (2), Duranton (3), Delvincourt (4), Troplong (5), Grenier (6), et plusieurs autres, et l'on peut voir dans la collection de Dallez (7), que la nouvelle jurisprudence des arrêts, de même que l'ancienne, est conforme au sentiment de ces auteurs. Au nombre des arrêts qui sont rapportés dans cette collection, l'on en trouve un, (t. 6. p. 45.,) du 14 Mars 1822, rendu par la cour de Bastia, sur les conclusions de M. Troplong, substitut, qui a jugé que " la nullité de l'acte de suscription d'un testament écrit, daté et signé par le testateur, n'empêche pas ce testament de valoir comme olographe, alors même que le testateur *aurait qualifié* son testament de *mystique*, et n'aurait pas employé la clause *valeat omni meliore modo*"; considérant, est-il dit entre autres choses, " que si Grimaldi n'a point inséré dans son testament la clause " *valeat omni meliore modo quo valere potest*, l'omission de cette clause qui " n'est exigée par aucune loi, ne peut changer la nature et la substance de ce " testament, étant hors de doute que Grimaldi n'ait voulu tester, et n'ait mani- " festé l'intention que sa volonté fût exécutée ; *et il suffit pour que cette exécution* " *soit assurée, qu'elle se soit manifestée dans une des formes voulues par la loi.*'

Je terminerai ces citations par un passage du *Traité des nullités* de Solon, t. 2, no. 126. Examinant l'objection faite par Ricard et quelques autres auteurs, qui se fondent sur la conjecture de la volonté du testateur, qui, disent-ils, n'est pas présumé avoir l'intention de disposer en une toute autre forme que celle qu'il a choisie ; " Nous déclarons avec franchise," dit Solon, " que nous avons peine " à concevoir comment des jurisconsultes aussi recommandables ont pu met- " tre dans leurs écrits une pareille raison ; nous ne concevons pas de pensée plus " folle que celle qu'on attribue à un testateur, et par suite de laquelle on sup- " pose qu'en disposant de son bien pour le temps où il ne sera plus, il tient plus

(1) Quest. de droit ; 3e Ed. 1820, t. 6, Vo. " testament," §. 6.

(2) T. 5, Don. et test. 5e Ed. no. 480.

(3) T. 9, 4e Ed. nos. 188 et suiv.

(4) T. 2, Ed. de 1824, aux *notes*, p. 311.

(5) Don. et test. t. 3, nos. 1654 et 1655.

(6) Don. et test. 4e Ed. in-8o par Bayle-Mouillard, t. 2, no. 276 *bis*.

(7) T. 6, Vis. Disp. entrevifs et test., chap. 6, sec. 5, art. 7. L'auteur dit que Merlin, à l'endroit déjà cité, " s'attache à refuter la doctrine de Ricard, et démontre avec autant de clarté que d'érudition, le bien jugé des deux arrêts que nous venons de citer ;" (savoir arrêt du Parl. de Metz, du 12 sept. 1730, et arrêt du Parl. de Dijon, du 1er août 1748) ainsi cités pour prouver que " la jurisprudence n'avait pas sanctionné l'opinion de Ricard." Dalloz ajoute : " Les tribunaux (depuis le Code Civil) tendent à consacrer le système de la validité du testament. MM. Toullier et Delvincourt ont toujours enseigné cette doctrine : M. Grenier s'y est rendu, après l'avoir vivement combattue. M. Merlin l'avait d'abord adoptée, *Questions de droit* ; mais une note insérée dans la réédition de cet ouvrage, fait connaître que M. Merlin pensait que l'art. 979, C. Civil devait amener, aujourd'hui, une décision contraire à celle qu'il avait soutenue sous l'ancienne jurisprudence ; enfin, dans son *Rép.* t. 17, p. 762, il revient à sa première opinion qu'il confirme par de nouvelles observations."

" particulièrement à la forme de son testament qu'à la disposition qu'il veut " faire. Ou nous nous abusons bien étrangement, ou nous regarderions tous " comme un insensé, celui qui en léguant sa fortune à sa compagne, à son ami, " à son parent, déclarerait formellement que si son testament ne valait pas dans " la forme qu'il avait choisie, il changeait ses affections, il se dépouillait du sen- " timent de préférence qui l'avait déterminé, il voulait en un mot que son testa- " ment fût nul, et que la volonté de la loi fût plus forte que la sienne. La juris- " prudence nous a fourni des exemples de dispositions bien singulières ; mais " nous ne pensons pas qu'elle nous en fournisse de plus bizarre ni de plus ridi- " cule qu'une pareille disposition. Dès lors, comment attribuer à un testateur " une pensée qui, si elle était formellement exprimée, serait une cause suffisante " pour le faire mettre aux petites maisons."

" No. 127. Cette présomption est donc contre la nature des choses ; disons " mieux, elle était autrefois démentie par une clause qui tenait au style du tes- " tament, il s'en fesait bien peu qui ne continssent pas cette clause : *voulant que* " *la présente disposition vaille comme codicile, ou dans toute autre forme que* " *faire se pourrait, etc.* Aujourd'hui cette clause n'est plus usitée, mais l'esprit " qui la dictait n'en existe pas moins, et tout testateur n'en est pas moins présu- " mé vouloir que son testament vaille de quelque manière que ce soit. Cette " volonté est dans la nature, on sent qu'un testateur n'a rien tant à cœur que " l'exécution des dispositions qu'il a faites."

Lorsque sur la matière des testaments, le Canada était exclusivement régi par la Coutume de Paris, la question n'a pas pu se présenter, puisque nous n'avions que le testament olographe, qui devait être entièrement écrit et signé par le testateur, et le testament solennel qui était écrit par un officier public. L'on sent que, si ce dernier testament était nul par quelque défaut de forme, il était atteint d'une nullité entière et absolue, vû qu'il n'existait aucune autre forme de testament en laquelle il pût valoir. Mais il n'en était pas de même dans les pays de droit écrit ; il n'en est pas de même en France aujourd'hui sous l'empire du code Napoléon qui permet de disposer par la voie du testament mystique. Ce testament devient un testament authentique, solemnel, par l'acte notarié de suscription dont il est revêtu (1). Lorsqu'une personne adopte cette forme, elle est donc présumée vouloir faire un testament authentique. Cependant, s'il perd ce caractère par suite de quelque vice dans l'acte de suscription, il n'en vaudra pas moins comme testament olographe, s'il est entièrement écrit, daté et signé par le testateur. Il y a donc, dans ce cas, conversion d'un testament rédigé dans une forme, en un autre testament qui emprunte alors sa validité à une autre forme, de même que cela avait lieu dans l'ancien droit pour les pays de droit écrit. La forme authentique que le testateur a pu vouloir donner à son testament, n'est donc qu'un surcroit de formalités ; et M. Grenier, au No. déjà cité, nous dit que " les jurisconsultes romains étaient bien loin de voir, dans un sur- " croit de formalités employées par le testateur, un motif d'annulation, dans le

(1) Delvincourt, à la page déjà citée. Duranton, t. 9, No. 145. Bioche, Dict. de Proc., t. 3, Vis. " Envoi en possession," p. 633, No. 33. Troplong, Don. et Test., t. 3 No. 1652.

Lambert v. Gauvreau et Uxor.

" cas où quelques-unes de ces formalités auraient été omises, et où le testament " aurait dû avoir par lui-même son exécution, quand le testateur n'aurait nulle- " ment songé à ces formalités. Ils y voyaient, au contraire, un motif de plus " pour prononcer la validité du testament. Voici à cet égard comment s'exprime " Ulpien, dans la loi 3, ff., *de testamento militis : nec credendus est quisquam* " *genus testandi eligere, ad impugnanda sua judicia, sed magis utroque genere* " *voluisse propter forluitos casus.*"

Observons encore qu'un testament olographe est un acte sous seing privé (1), et que la règle reçue en jurisprudence, qu'un acte notarié, nul comme tel, peut néanmoins valoir comme un acte sous signature privée, s'il est signé des parties, doit s'appliquer au testament mystique, nul comme tel par quelque défaut dans l'acte de suscription, mais dont l'écriture intérieure et la signature qui y est apposée présentent tout le caractère d'un testament olographe, c'est-à-dire d'un acte sous seing privé. C'est l'avis de Toullier, au No. 480 déjà cité, de Troplong, sous le No. 1654 précité, p. 589, et d'autres auteurs. Toullier, après avoir rappelé la règle dans son application aux actes notariés, s'exprime ainsi : " A plus " forte raison la nullité de l'acte de suscription, qui est un acte entièrement " séparé du testament, et qui même est ordinairement écrit sur un autre papier, " ne peut entraîner la nullité du testament olographe."

L'espèce particulière du présent procès ne peut pas se présenter en France sous le code Napoléon, dans le cas d'un testament par acte public, qui, comme tel, serait nul à raison de quelque vice de forme ou autre. Impossible de valoir comme olographe, puisque ce testament ne serait pas écrit par le testateur, et impossible également de valoir comme testament mystique, puisqu'il ne pourrait pas en réunir les conditions, sous le rapport du nombre de personnes dont la présence est requise. Au testament par acte public, (C. Civ. art. 971) il ne peut y avoir au plus que cinq personnes outre le testateur, c'est lorsqu'il est reçu par un notaire et quatre témoins, et il n'y en a que quatre, lorsqu'il est reçu par deux notaires, puisqu'il se fait alors en présence de deux témoins, seulement ; tandis que, pour la validité d'un testament mystique, il faut le concours d'au moins huit personnes, le testateur, le notaire, et " six témoins au moins," Art. 976. Cela explique l'absence, dans le nouveau droit français, de toute espèce entièrement semblable à celle-ci.

D'un autre côté, si le testament de Léger Lambert réunit, dans l'état où il est, toutes les conditions d'un testament fait suivant la forme anglaise, on ne peut faire autrement que de reconnaître que, cette forme de testament étant admise parmi nous, il y a une analogie parfaite entre notre espèce et celles où l'on décide aujourd'hui en France qu'un testament mystique, quoique nul sous cette forme, peut néanmoins valoir comme testament olographe, encore bien plus avec celles que j'ai déjà citées comme ayant été l'objet de décisions semblables, sous l'ancienne législation, dans les pays de droit écrit, relativement aux testaments mystiques ou nuncupatifs. Car le testament suivant la forme anglaise tient de la nature de ces testaments. Il y a donc la même raison de lui appliquer, en ce pays, pour le faire valoir, les règles consacrées par la jurisprudence fran-

(1) Dalloz, déjà cité, p. 41. Delvincourt, déjà cité, p. 311. Toullier, déjà cité.

çaise tant ancienne que nouvelle, sur la validité, dans une des formes admises, d'un testament qui en réunit toutes les conditions, quoiqu'apparemment fait sous une autre forme et qui néanmoins se trouve nul.

Le testament de Léger Lambert réunit-il toutes les qualités d'un testament fait selon la forme anglaise? Je n'entretiens aucun doute sur ce point. Les témoins Augé et Dionne étaient compétents à attester ce testament suivant les lois d'Angleterre, et je ne fais aucune difficulté de regarder comme troisième témoin, également compétent à coopérer à la même attestation, le notaire Bazin qui a reçu, écrit et signé le testament. L'on a déjà vu qu'en France, dans les pays de droit écrit, le notaire, quoiqu'agissant en cette qualité, était compté, dans des cas analogues, parmi les témoins pour en compléter le nombre requis. (1). La même raison de compter ainsi le notaire Bazin s'applique ici. Nous avons alors trois témoins; c'est le nombre exigé par le *statute of frauds*. Ces trois témoins attestent que Lambert a dicté et signé son testament en leur présence, et qu'eux l'ont également signé en sa présence. Cela suffit à la validité du testament. L'appelant s'est donc trompé, quand il a allégué, dans sa réponse aux exceptions, que le testament n'avait pas été fait, écrit et signé par le dit Léger Lambert, en présence de trois témoins. Il n'est pas mieux fondé à prétendre, comme il l'a fait, dans la même réponse, que le testament ne peut valoir suivant les formes anglaises, "parceque," dit-il, "aucune des personnes dont les noms paraissent au bas du dit testament, n'y déclare que le dit Léger Lambert "lui ait dit que le dit écrit était son testament, ni ne déclare avoir vu, et n'a dé "fait vu écrire ni signer le dit écrit par le dit Léger Lambert, ni n'a été "requise par lui de le signer comme témoin; parcequ'aucune des dites personnes "ne déclare avoir signé le dit écrit en présence du dit Léger Lambert, ni en "présence des autres prétendus témoins, et n'a de fait signé le dit écrit en pré"sence du dit Léger Lambert, ni à son vû et sû, ni en présence des autres "témoins."

Toutes ces formalités, fussent-elles requises, ont, en point de fait, été suivies. Cela résulte clairement, d'abord de la déclaration, au commencement du testament, que le notaire Bazin et les deux autres témoins se sont transportés en la demeure du dit Léger Lambert pour y recevoir son testament, et ce *à sa réquisition*, et que là, il "a fait, dicté et nommé son testament au dit notaire et en présence des dits témoins, de la manière suivante, etc." et puis de la déclaration qui est insérée à la fin de l'écrit et qui est en ces termes: "Ce fut ainsi fait, "*dicté et nommé par le dit sieur testateur* au dit notaire, qui l'a rédigé par écrit "en la dite paroisse de la Rivière du Loup, en la demeure du dit testateur, et à "lui lu et relu, ce qu'il a dit bien entendre et comprendre, y persiste, l'an 1837, "le 6e jour du mois d'avril après-midi, en présence de Désiré Lemaître Augé, "écuier, et Philippe Dionne, commis, résidants en cette dite paroisse, témoins "*pour ce appelés, qui ont signé avec le dit sieur testateur et nous notaire après "lecture faite et refaite.*"

(1) Furgole, t. 1, p. 126. "Celui qui est appelé pour écrire le testament sert pour remplir le nombre des témoins requis, ce qui a lieu même pour le notaire ou tabellion qui est mis au nombre des sept témoins que l'on exige dans les pays du droit écrit, Art. 5 et 9."

Lambert v. Gauvreau et Uxor.

Mais toutes ces formalités dont parle l'appelant ne sont pas strictement requises, encore bien moins à peine de nullité, comme l'on peut s'en convaincre par les autorités suivantes.

Greenleaf, on evidence, 5th edition, vol. 2, § 675 : "*Publication* is defined to "be that, by which the party designates that he means to give effect to the "paper as his will. A *formal publication* of the will by the testator, is not now "deemed necessary, it being held that the will may be good, under the statute "of frauds, without any words of the testator, declaratory of the nature of the "instrument, or any formal recognition of it, or allusion to it."

"§ 677... No particular form of words is necessary in the attestation clause, "nor need it express that the witnesses signed in the presence of the testator, it "being sufficient if this is actually proved. *It may also be inferred from the "regular appearance of the instrument, or other circumstances of the case.*"

Taylor, on evidence, Vol. 2, § 962.... "Not necessary either that the wit- "nesses should have attested in the presence of each other, or all at the same "time, or that they should actually have seen the testator sign, or have heard "him acknowledge that the paper was his will, or even have know themselves "what the paper was, *provided they subscribed the instrument in his presence "and at his request.*" (C'est ce qui a été fait pour le testament de Léger Lambert.

"§. 963.... It is sufficient if the will be signed by any person in the testa- "tor's presence, and by his direction, and, *in order to constitute a direction, It "is not necessary that any thing should be said.*" (Wilson v. Beddard, 12, Sim 33, 34, per Shadwell, V. Ch.).

Starkie, on evidence, 3rd Edition, 1842, p. 1264 : "The statute (of frauds) is "silent as to any delivery, publication or any other formal act by which the "testator is to signify his adoption of the instrument. Hence it seems that the "very act of signing the will, and causing it to be attested by witnesses, in the "manner pointed out by the statute, is sufficient."

Jarman, on Wills, 2nd American edition by Perkins, Vol. 1, p. 13. "The "law has not made requisite, to the validity of a will, that it should assume any "particular form, or be couched in language technically appropriate to its tes- "tamentary character. It is sufficient that the instrument, however irregular "in form or inartificial in expression, discloses the intention of the maker "respecting the posthumous destination of his property; and, if this appear to "be the nature of its contents, any contrary title or designation which he may "have given to it, will be disregarded."

P. 114 et 115.... "In the case of Moodie v. Reid (7 Taunt. 361,) Lord C. "J. Gibbs expressed a decided opinion, that *publication* was not an essential "part of a will, not being, as he conceived, necessary to devises by custom at "common law, nor made so by the statutes of Henry 8, and Charles 2; and "subsequent judges have virtually adopted the latter opinion, they having "decided that a will of freehold lands may be duly executed by a testator, "without any formal recognition of, or allusion to, the testamentary act; indeed, "*without his uttering a syllable declaratory of the nature of the instrument.*"

Assurément, si ces autorités doivent avoir quelque poids, et je pense qu'elles en ont beaucoup, le testament de Léger Lambert doit être regardé comme réunissant toutes les conditions nécessaires à sa validité comme testament fait suivant la forme anglaise. Il doit d'autant plus valoir sous cette forme, admise dans notre législation depuis 1774, quoique nul sous la forme de testament public ou solemnel, qu'on paraît avoir voulu lui donner, qu'il contient la clause *omni meliore modo*. En effet, sans la faculté accordée par les statuts de 1774 et de 1801, précités, Lambert n'aurait pu faire en faveur de sa femme le testament qu'il a fait, d'abord, parcequ'il n'aurait pas eu la liberté de disposer de tous ses biens en faveur de qui bon lui semblait, s'il s'en fut trouvé de sujets aux prohibitions de la Coutume, et, ensuite, parcequ'il n'aurait pas eu la faculté de tester dans la forme mystique ou la forme nuncupative, formes auxquelles correspond le testament fait selon les lois anglaises. Or, si, suivant l'opinion de quelques auteurs du droit français, la clause *omni meliore modo* était une condition nécessaire à la validité d'un testament qui réunissait toutes les qualités propres à le faire exister sous une certaine forme, quoique nul sous une autre forme qu'apparemment on avait eu l'intention de lui donner, les intimés peuvent invoquer en leur faveur la clause dont il s'agit. En effet, nous lisons dans le testament de Léger Lambert ce qui suit : "Pour la validité du présent testament, le "dit sieur testateur invoque le bénéfice des lois en force dans cette province, "qui permettent telle disposition dérogeant à toute autre coutume et usage au "contraire," c'est-à-dire que Léger Lambert s'est prévalu, pour donner force et effet à ses dispositions de dernière volonté, des lois anglaises sur cette matière.

Je suis donc d'opinion que la cour de première instance a bien jugé, en déclarant le testament valable suivant la *forme anglaise*, et que, par conséquent, son jugement doit être confirmé.

J'en étais déjà venu à cette conclusion, lorsqu'on a porté à ma connaissance une cause dans laquelle la même question avait été soulevée devant la ci-devant cour du Banc du Roi du district de Montréal. C'est la cause de Ruiter et autres contre May et autres, jugée à Montréal (1) le 19 octobre 1824, dans le même sens que je viens d'exprimer, et le jugement a été confirmé en cour d'Appel le 20 janvier 1825 (2). Ni l'un ni l'autre de ces jugements n'est *motivé*, le premier se bornant à dire que l'action est déboutée, et l'autre, que le jugement dont était appel, est confirmé. Néanmoins j'ai eu l'avantage de me procurer l'opinion de M. le juge Reid ; je le dois à l'obligeance de son neveu, M. Taylor, et avec sa permision je la transcris ici :

No. 748, *Ruiter* v. *May and al.* } "This was an action in the nature of an *action en faux principal*, instituted by the Plaintiff as one of the heirs at law of the late Philip Ruiter against the executors and legatees named in and by his last will and testament, in order to have that will set aside, and declared null and void from informality and defect of solemnity and form in the making and executing the same.

(1) Présents MM. les juges Reid, Foucher et Pyke.

(2) Présents : Le juge en chef Sewell, et les honorables Richardson, Coltman, Smith et Hale.

Lambert v. Gauvreau et Uxor.

" The will purported to have been made and executed on the 27 day of Oc-
" tober, 1820, in the presence of one Léon Lafanne, a notary public and of two
" other persons as witnesses, in the form generally used for a *testament solemnel*,
" and to have been so made in a certain room in the house of the testator at St.
" Armand."

" The objections taken to the will and which form the ground-work of the
" defence were: 1st that the witnesses were not present nor heard the testator,
" order, direct and dictate his will to the notary; 2o, that the testator was not
" of sound and disposing mind and memory at the time the said will was made;
" 3o, that the will was not written by the said notary in the presence of the said
" testator on the 27th October 1820.

" The facts of the case as they appeared in evidence, are, that on the 27th
" October 1820, the testator having sent for the notary public to draw up his
" will, he attended, and on that day took down in writing the dispositions of
" that will, but towards the evening, the testator falling into a weak and co-
" matose state, the will was not then executed, but that next day, the notary
" having been again called in, and finding the testator much better, and of
" sound and disposing mind and memory, the witnesses were sent for, and in
" their presence and that of the notary, the testator signed the will after it had
" been read over to him. The witnesses and notary then signed the same. This
" was on the 28th day of October, but the date which had been previously
" written the day before by the notary was the 27th, and was not altered.

" On the part of the Plaintiffs, it was contended that the will could not be
" considered as an *acte authentique* as it bore date on a different day from that
" on which it was executed, and that it is not a *testament solemnel* as it had not
" been *dicté et nommé* by the testator to the notary in the presence and hearing
" of the witnesses, and then read over to the testator, which must be one conti-
" nued act in the presence of all the said persons. Cited, Gr. Cout. p. 131,
" sect. 1, p. 118, no. 30, p. 106, no. 7, p. 131, sect. 7, Lemaitre, p. 423.

" On the part of the Defendant, an objection was taken to the competency of
" the witnesses as they were the *témoins instrumentaires*, they could not be
" heard, and that without their testimony there was nothing that could impeach
" the validity of the will in point of form. Cited, N. Denisart, tit. Faux prin-
" cipal 471, 474. That all the forms of law were not rigorously exacted, in
" regard of the will being *dicté et nommé* in the presence of the witnesses. 2
" Bourjon, 304, 309. But if according to the laws of France this will should be
" considered as not sufficient, it certainly was so in regard to the forms adopted
" by the laws of England upon which the Defendants rely in this case.

" The Court were of opinion that the will could not be considered as a *testa-*
" *ment solemnel* according to the laws of France, as it appeared to be dated on
" a different day from that on which it was executed. That in this case the
" testimony of the witnesses to the instrument must be admitted, as the proce-
" dings under the *inscription en faux* were merely of a civil nature, and no penal-
" ty attached to the witnesses, nor were they liable to any punishment by the
" Court, if the *faux* should be established. That it had been insisted upon as a
" principle that if the will was not available as a *testament solemnel*, it could be

" of no avail in any way, but was wholly null; according to the law of France, " this would be so held. But the consideration here, which was of great impor- " tance, was whether by the laws of England the will, in its present form, would " be valid, for if it were, its imperfections under the laws of France would not " form an obstacle to its validity. And we are of opinion that, according to the " law of England, the will is good and valid. It was executed in the presence " of the notary and two witnesses by the testator, who at the time was collec- " ted and of sound mind, and even appeared to state to the witnesses the reasons " of some of his dispositions. We must judge of this will, as they would judge of " it in England, were the question of its sufficiency in point of form submitted to " a court of law, and we are satisfied that there its sufficiency would be admitted. " And it is fortunate for His Majesty's subjects in this country that the greater " simplicity of form in wills has been introduced here than existed in France, as " the intentions of a testator will be less liable to be frustrated by the inatten- " tion or ignorance of a notary, as must have been the case here, had not the " laws of England come in to secure them."

NOTE.—Le testament de Philip Ruiter se terminait ainsi :

" Thus the said testator hath declared and dictated this his last will and tes- " tament, and after it being unto him read twice over by me the said notary, in " the presence of Asa Stone and Joseph H. Munson, both of said St. Armand, " traders, the said witnesses, he the said testator has thereunto set and subscri- " bed his name, in the presence of us the said notary and witnesses who in the " presence of each other have hereunto set and subscribed our respective names, " in faith and testimony of the premises, the day and year first above written."

Outre leurs signatures à la fin du testament, le testateur, les témoins et le notaire avaient apposé leurs initiales au bas du recto de chaque feuillet.

Aylwin, J.—The will in question purports to be in notarial form. The objection made is that Dionne, one of the witnesses, was not of age, and that the will is consequently a nullity. Under the law here as it existed previous to 1774, wills were looked upon as unfavorable; but since that period a different rule has obtained, and the rule now is that wills are to be favored, and the Court to give them effect if possible. Our rule is therefore directly opposed to the previous one. The Legislature has thought right to say that a will may be made either in the French or English form. Now, there is no rule in English law as to the age of the witness to a will. The same interpretation must be given as to the competency of witnesses in civil as in criminal cases. In France, too, all witnesses are good unless in special cases expressly excluded. V. Reper- toire Temoignage, 1ere partie, § 2, p. 51, vol. 17. DeLaurière, vol. 2, p. 400. C. de Paris, art. 289.

If such is the construction given to this article in the very territory of the Coutume de Paris, how is it to be construed in Canada with a law such as that of 1774? Certainly more favorably than within the Custom itself. Then how shall it be said that a man who would be a good witness in England to a piece of paper in one form would not be to a piece of paper in another. But besides this, the will in question not being in form to serve as a notarial will was proved before a Judge as a will in the English form, and yet there are

Lambert v. Gauvreau et Uxor.

no special conclusions demanding its being declared null. The Court could not declare a will null, or set aside probate of a will, or treat it as a mere nullity without being called upon to do so by special conclusions to that effect. In matters of English law, I like to be able to lay my hand on some authority directly in point. In this case I can find nothing of the sort ; but I find enough by analogy to convince me that in England this would be declared a good will. V. Lovelass on Wills, pp. 317-8.

In my opinion this will is good either as a will in the French or in the English form.

In support of these remarks the learned Judge referred to the following authorities

Les qualités que doivent avoir les témoins testamentaires demandent certains détails. Avant d'entrer en matière il faut poser quatre règles générales.

La seconde règle, est que la faculté d'intervenir comme témoins dans les testamens est une espèce de liberté naturelle accordée à tous ceux à qui la loi ne la refuse pas expressément. Répertoire de Juris. Témoignage, Témoin 1er partie § 2 p. 51 Vol. 17.

Pour reputer un testament solemnel est requis etc., passé en présence etc., *ou d'un* Notaire et deux témoins, deux témoins idoines et suffisans, mâles et agés de 20 ans accomplis. Coutume de Paris article 289. Par arrêt du 2 juillet 1708 la Cour a fait défense aux notaires de Blois et à tous autres de se servir dans les contrats et testamens *qu'il recevront à l'avenir* de leurs clercs pour témoins ou de personnes, agées de moins de 20 années accomplies etc., *sans prejudice de la validité des actes qui se trouveront avoir été passés et des testamens de ceux qui se trouveraient décédés avant la publication de l'arrêt.* Et par arrêt du 25 avril 1709 la cour en interprêtant le précédent arrêt, a ordonné que les défenses qu'elle avait faites aux notaires de se servir de témoins qui seraient audessous de 20 ans *n'aurait pas lieu dans les Provinces régies par le droit écrit, ni dans celles des pays coutumiers, ou il est permis de disposer par testament avant l'age de* 20 *ans accomplis, dans lesquels lieux les notaires pourraient se servir de témoins audessous de* 20, *pourvu qu'ils eussent atteint celui auquel ils auraient pu tester.* Et la cour a ajouté d'abondant que la disposition du dit arrêt, tant pour la qualité que pour l'âge des témoins dans les testamens ne serait executée qu'à l'égard de ceux qui se trouveraient avoir été *faits postérieurement* à la publication du dit arrêt du 2 juillet, sans qu'il pût être exécuté à l'égard de ceux qui auraient été faits *avant la dite publication quoique les testateurs fussent vivans lorsqu'elle avait été faite.* Delaurière sur l'article 289. Coutume de Paris, Vol. 2, p. 408.

When a writing however informal is proved to contain that which the testator intended to be a definitive disposition of his property to take effect after his decease it will be admitted to probate by the Ecclesiastical court. Thus a letter written to a solicitor containing instructions for drawing up a will, written minutes taken from the month of the testator as instructions for a will, or rough heads for a will written down by the testator himself, may be a good will of personalty. And it is immaterial that such notes or memoranda were intended to be copied fairly or drawn out in more regular form. And even if the instrument be in the

form of a deed of gift and called such in the instrument itself still if its purpose be testamentary if it is only to be consummated by death and not to operate during life, the Ecclesiastical Court will grant probate of it as a will. So also an instrument though *in form an indenture and sealed and delivered as a deed, may if testamentary in its nature operate as a will even of real estate.* Lovelass on Wills, p. 317, 318.

Caron, J.—Il ne m'est pas nécessaire de lire les notes que j'ai préparées sur la première partie du Jugement qui déclare le testament mauvais comme ayant été fait suivant la forme Française. En conséquence je bornerai mes notes à la seconde partie.

Il est peu douteux, ou plutôt il est sûr que la minorité du témoin Dionne, rend le testament nul d'après le droit français. Sous ce rapport la Cour Inférieure a bien jugé en renvoyant cette exception qui invoquait le testament comme valable d'après le droit. Quant à avoir voulu la faire sous la forme authentique, il est certain que c'était là l'intention du testateur. Mais il me semble que l'intention, sous ce rapport, est de peu d'importance, si de fait ce testament se trouve, ne serait-ce que par pur hasard, revêtu des formalités nécessaires pour le valider, d'après les formes et la loi anglaise. L'on ne prétend pas de fraude, pas de suggestion, le testament est fait délibéremment et volontairement, longtemps avant le décès de Lambert, et dans un temps où il était en pleine santé; ses intentions sont claires et précises. Les dispositions en sont raisonnables et naturelles, il n'a pas d'enfans, il laisse à sa femme les biens qu'il a gagnés pendant sa communauté et avec sa collaboration. Si le témoin Dionne, qui au reste est intelligent et honnête, eût été majeur, il n'y aurait pas eu un mot à dire; l'Intimée était la légataire universelle de son mari, sans contestation possible. Cet incident de la minorité du témoin affecte bien la validité du testament d'après le strict droit, mais ne change rien à la volonté du testateur. S'il est possible de donner suite à cette volonté d'une manière légale, la Cour doit le faire. Le peut-elle légalement, c'est la seule question qui reste à examiner.

D'après ce qui a été dit déjà, l'on répond à la principale objection faite de la part de l'appelant, lors de l'audition, savoir, " que l'intention du testateur étant " de faire un testament solemnel, d'après la loi française, s'il ne vaut pas comme " tel, il ne peut valoir comme fait d'après la loi anglaise, quand même il possè- " derait toutes les formalités requises d'après ce système de loi."

Cette objection se résoud facilement en référant au 3 vol. Troplong, Donations No. 1654, où la question même est examinée et approfondie, quant au testament mystique (qui se rapproche beaucoup, sous plusieurs rapports, du testament anglais. L'auteur, après avoir répondu aux objections faites à l'encontre, et surtout réfuté l'opinion de Ricard et de Serres, établit clairement tant par raisonnement, que par les arrêts qu'il cite, et sur l'autorité de plusieurs juristes, entr'autres Toullier, qu'en France un testament fait dans la forme du testament mystique, et qui se trouve nul comme tel, pour défaut de forme ou l'omission de formalités essentielles, peut valoir comme testament olographe, si toutefois il se trouve contenir les formalités requises pour la validité de cette espèce de testament.

Lambert v. Gauvreau et Uxor.

D'après cette doctrine, qui paraît si raisonnable et si conforme à l'esprit de notre législation, quant à la liberté de tester, l'on doit conclure, dans notre espèce, que le testament dont il est question doit être regardé comme valable, quelqu'ait été, quant à la forme à adopter, l'intention du testateur en le faisant, si l'on y rencontre les formalités voulues pour une des formes sous lesquelles il nous est permis de tester en ce pays.

Pour nous, c'est le *Statute of Frauds* (20 ch. II, ch. 3,) qui est quant à la forme à suivre dans les testaments, la loi qui nous régit. En Angleterre, cette loi a été changée par le statut aug. 1, Vict. ch. 26, qui n'est pas en force dans ce pays.

Or, d'après le statut des fraudes, il n'est aucune formule sacramentelle; tout ce qui est requis, c'est que pour la transmission des immeubles du moins, le testament doit être par écrit, et qu'il soit attesté par au moins trois témoins croyables. Ces témoins doivent attester et signer ce testament en présence du testateur, mais il n'est pas nécessaire qu'ils soient présents tous ensemble. Si les témoins sont morts ou ne peuvent être trouvés, il suffit de prouver leur signature. Il n'est pas nécessaire que ces témoins voient le testateur signer, il suffit qu'ils signent en sa présence, les uns en l'absence des autres, aussi bien que tous ensemble.

Le testateur peut signer dans cette partie qu'il voudra, au commencement aussi bien qu'à la fin. Le testament peut être écrit par toute personne, homme ou femme, que le testateur charge de ce soin. Tout ce que l'on paraît désirer, c'est que l'on puisse établir que le papier produit comme testament d'un défunt et dont on demande l'exécution, émane bien de lui et contienne bien ses volontés. Ces faits établis au moyen du nombre de témoins réglé par la loi, l'on est satisfait et l'on ne regarde nullement à la forme. Voir 1, Green, No. 272, 4 Stephen, ps. 551, 552.

Telles sont les seules formalités essentielles, requises pour la validité d'un testament dans la forme anglaise. Toutes les autres dont il a été fait mention de la part de l'Appelant, ont été introduites par le statut de la 1ère Vic. ch. 26, cité plus haut, et ne nous lient pas.

Cela étant, le testament sous examen me paraît contenir toutes les formalités essentielles; il est par écrit, quoique non écrit du testateur, il l'est par le notaire Bazin, qui dit l'avoir fait à sa demande et requisition, ce qui suffit: il est signé du testateur, c'est prouvé, il est attesté et signé par trois témoins, ou du moins par trois personnes dont les signatures s'y trouvent et ont été prouvées. Quant à Augé, pas de difficulté, il était témoin croyable et compétent; quant à Dionne, qui étant absent et peut-être mort, n'a pu être interrogé dans la cause, sa signature est aussi prouvée, sa capacité et son intelligence le sont également, et sa minorité n'est pas une objection d'après le système anglais. Quant à Bazin, le 3e qui a signé, il est aussi compétent, à moins que l'on ne dise avec l'Appelant, que parcequ'il était notaire et agissait dans l'occasion, comme tel, il ne peut être regardé comme témoin légal. Cette objection est sans valeur pour les raisons données par Troloug, loi cit. et aussi pour celles dans Wigan v. Rowland, 21 L., eq. R. p. 132. Tout paraissant en règle, la présomption est que les témoins ont signé en présence du testateur, ce qui est la seule autre requise

nécessaire. Ce n'est pas à celui qui invoque le testament à faire cette preuve, c'est à celui qui l'attaque, d'après la règle *omnia presumuntur*, &c.. Nulle preuve à cet effet n'a été faite, et l'Appelant a entièrement failli à démontrer que, dans le papier produit, il y avait quelques informalités ou formalités omises, qui, en Angleterre, du moins d'après la loi antérieure à 1838, l'empêcheraient de valoir comme testament légal et effectif.

Lambert v. Cauvreau et Ux.

La minute ou original du testament a été prouvée légalement. Nous en avons la preuve suffisante, il ne nous appartient pas de décider si le notaire avait droit de se dénantir de cette minute, cette question ne nous est pas soumise.

Le jugement de la Cour inférieure me paraît correct en tous points, 1o en renvoyant l'exception où le testament est invoqué comme solemnel d'après la loi française; et 2o en maintenant celle qui l'invoque comme bon d'après les formes anglaises.

T. K. R. Le jugement doit être confirmé.

SUPERIOR COURT.

MONTREAL, 20TH MARCH, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET (C.), J., BADGLEY, J.

No. 2545.

Webster v. *The Grand Trunk Railway Company of Canada.*

Held,—In an action for salary on the ground of wrongful dismissal, where the Defendant pleaded that Plaintiff had been guilty of *disobedience of orders*, and *prevarication and defalcation* in his accounts, that although neither had been proved, yet as the Court considered that there had been manifest *neglect* of duty and *errors and irregularities* in the Plaintiff's accounts, that his discharge was nevertheless justifiable, and that he was not entitled to wages *beyond the date of dismissal.*

This was an Action for the recovery from the Defendant, as representing the late St. Lawrence and Atlantic Rail Road Company, of the sum of £300 currency, due to the Plaintiff for half year's salary to 30th November, 1853, as Superintendent of the Rail Road under the Old Company, up to 15th July, 1853, when the amalgamation took place, and since then under the Company Defendant, until the 30th September, 1853, when, as stated in the Declaration, Plaintiff was dismissed by Defendant, "without any just, reasonable or probable cause "whatsoever, and without any previous notice whatsoever."

The Company Defendant resisted the claim for salary since the dismissal, on the ground that such dismissal was justifiable; and in support of this pretension Defendant alleged, in effect:—

That in September, 1853, Defendant learned for the first time that Plaintiff was indebted to the Old Company in various sums of money, stated to be due for the following reasons:—

1.—£536 6s. 7d. currency—Balance of Transportation and Fuel Accounts figuring in books and represented by Plaintiff, which accounts were closed in ledger at union, without showing such balances then due by Plaintiff,—Defendant contending that *by reason of those two accounts being thus closed*, Plaintiff retained the amount in his hands, to the prejudice of the said Old Company, and of Defendant.

Webster v. Grand Trunk Railway Co.

2.—£37 10s., received by Plaintiff as Secretary Treasurer of Old Company on 11th November, 1851, from Post Office Department, and not credited in cash-book.

3.—£37 10s., received in same way on 6th May, 1850, and not credited in cash-book.

4.—£40, overcharged by Plaintiff in cash-book the 25th March, 1852, as paid to P. Mullins,—whereas he never in fact paid such amount.

5.—£200, charged by Plaintiff in cash-book the 13th May, 1852, as paid to Goodwillie,—whereas he never in fact paid such amount.

6.—£125, charged by Plaintiff in cash-book the 2nd March, 1852, as paid to Bailey, Hayden & Co.,—whereas he never in fact paid such amount.

7.—£75, charged by Plaintiff in cash-book the 6th March, 1852, as paid to G. T. Nagle,—whereas he never in fact paid such amount.

8.—£150, over-charged by entry in cash-book of payment of £162 13s. 6d., the 3rd March, 1853, to A. Gemmill,—whereas he only paid £12 13s. 6d. of such amount, retaining the rest.

9.—£139 5s. 8d., over-charged by Plaintiff in cash-book in March, 1853, as paid to Rowland,—whereas the amount was deducted by Plaintiff from final estimate, and not in fact paid.

10.—£52 15s. 1d., charged by Plaintiff in cash-book the 22nd December, 1852, as paid by him to J. Griffith,—whereas he in fact never paid such amount.

11.—£8 12s. 2d., charged by Plaintiff in cash-book the 22nd December, 1852, as paid by him to E. Clarke,—whereas he never in fact paid such amount, but same was paid and charged by Moore and Pomroy.

12.—64 0s. 4d., charged by Plaintiff in cash-book the 22nd December, 1852, as paid by him to Harris,—whereas he never in fact paid such amount.

All which monies, amounting in the aggregate to £1465 19s. 2d. cy., by aid of omissions of entries, or irregular, false or wrong entries, or surcharges, double charges, or entries of payment the Plaintiff had "*injustement retenues pardevers* "*lui, et tournées à son profit exclusif et avantage, au préjudice d'icelle dernière* "*compagnie, et partant de la défenderesse.*"

That, by reason of the foregoing, Plaintiff, as well in his capacity of Secretary Treasurer as in that of Superintendent, was guilty of "*prevarication et defalca-* "*tion dans ses comptes comme Secretaire Tresorier et Surintendant.*"

That in August and September, 1853, Plaintiff was moreover, as such Superintendent, guilty, *de divers actes de négligence, et desobeissance envers son ou ses* "*superieures au service de la defenderesse, auquel il etait tenu d'obeir ;*" and amongst other acts Plaintiff refused, on or about the 27th August, 1853, to go to Upton or somewhere in the locality, to look after an explosion, although required to do so by his superior or superiors.

That, in addition, Plaintiff, before the 30th September, 1853, "*s'est permis de* "*longues et frequentes absences, contre le gré de la défenderesse.*"

That moreover the Defendant was entitled to offset the sum of £300, for damages accrued in favor of the Company in consequence of the Plaintiff having suffered an account between the Company and the Ebbw Vale Company

to remain unadjusted for a long space of time; and likewise an account of £771 16s. 4d. currency stated to be due for the following reasons:—

1.—£100, overcharged by Plaintiff as paid by him in August, 1852, to Bartley and Elwin, whereas, in paying final estimate in August, 1852, he deducted an advance of £100 previously made in October, 1851, and consequently did not pay such amount of £100 as charged.

2.—£100, over-charged as paid by Plaintiff in November, 1851, to R. O'Brien, whereas in paying final estimate in November, 1851, he deducted an advance of £100 previously made in May, 1851, and consequently did not pay such amount of £100 as charged.

3.—£150, overcharged as paid by Plaintiff to John McLynn in April, 1852, *or subsequently*, whereas Plaintiff deducted from amounts finally paid to McLynn an advance of £150 previously made, and consequently did not pay such amount of £150 as charged.

4.—£225, *falsely* and erroneously charged by Plaintiff in cash-book the 1st October, 1851, as paid by him as follows:

To Nagle	£75	0	0
To Bayley, Hayden & Co.....	50	0	0
To Merrill	100	0	0
	£225	0	0

Whereas these amounts are and must be the same as those charged by Plaintiff in cash-book, as paid by him to the same parties the 18th August and 8th September, 1851, there being no receipts for the amounts so charged in October, 1851, so that Plaintiff retained such amount of £225 in his hands.

5.— £23 15s., overcharged by Plaintiff in cash-book the 8th October, 1851, as paid to Shepherd & Adam for bricks, the same being involved in a charge of £87 10s., whereas Plaintiff only paid £63 15s., the difference (£23 15s.) having been paid by Agent at Longueuil.

6.—£42 1s. 9d., charged by Plaintiff in cash-book the 19th April, 1850, as paid to Thomas Valiquet, whereas the same amount had been previously entered by Plaintiff in journal in March, 1850, to credit of Valiquet, and had been paid by Company.

7.—£43 9s. 10d., charged by Plaintiff in cash-book the 3rd December, 1851 as paid by him, whereas the same amonnt *has been charged* by Mr. Gzowski, the Company's Engineer, in September, 1851.

8.—£21 8s. 9d., charged by Plaintiff the 3rd December, 1851, as paid by him to Morrison & Lamontagne, whereas Plaintiff credited Gzowski in journal on 31st March, 1852, with having paid the same amount.

9.—£41 1s., charged by Plaintiff in cash-book the 4th February, 1852, as paid by him for instruments, whereas in March, 1852, the Plaintiff credited Gzowski in journal as having paid the same amount.

10.—£25, charged by Plaintiff in cash-book the 31st October, 1851, as paid by him, the same being included in a charge of £150 13s. 10d. as paid Merrill, whereas, in March, 1851, Plaintiff credited Gzowski with having paid Mulvaney this same amount.

Webster v. Grand Trunk Railway Co.

The Plaintiff denying the truth of the allegations set forth in Defendant's plea, answered specially, to the effect following:—

That during the period of the said Plaintiff's employment by the said St. Lawrence and Atlantic Railroad Company, the pecuniary transactions of that Company were at all times very extensive and complicated, comprehending as well the maintenance and working of all the finished part of the Railroad of the said last mentioned Company, as the construction of the unfinished parts thereof, and involving for such construction only, an outlay of more than £750,000 currency during such period; and moreover the same were rendered far more complicated than they otherwise would have been, by the fact of the said last mentioned Company being often much straitened in its affairs, and having to rely on Bank accommodation and to leave its accounts with many parties for long periods of time unsettled, and by the fact that many of the contractors and others with whom it had accounts, were in embarassed circumstances, so that the said last mentioned Company had to be continually making payments for them to their workmen and creditors, and otherwise arranging, by advances and in all manner of ways, to secure the carrying on of its works;

That moreover the accounts of the said last mentioned Company were rendered still more complicated, and the task of keeping them was rendered one of still more difficulty and responsibility, than would otherwise have been the case, by reason of the system adopted by the said last mentioned Company before the said Plaintiff entered into its employment and ever after maintained by it, of bringing its transactions with the contractors and others engaged in the construction of the said Railroad, into its books, not directly and fully as they occurred, but only as exhibited from time to time and partially by the reports and estimates of the Chief Engineer of the said last mentioned Company; and almost immediately after the said Plaintiff entered into the employ of the said last mentioned Company, the difficulties so caused by this system were greatly increased, by the removal of such Chief Engineer's office to Sherbrooke, where the President of the said last mentioned Company resided, and where such office was ever after maintained, for the express purpose of having the detail of the accounts of the said last mentioned Company with such contractors and others, there checked and in effect kept; by reason of all which the books of account of the said last mentioned Company kept in Montreal were unvoidably in great part made up from such reports and estimates only, instead of being an original record of all matters therein entered, and were so rendered more liable to error than they otherwise would have been, and the pecuniary responsibility of the said Plaintiff as such secretary and treasurer, by reason of such increased risk of error, and of his having so to rely on the reports and estimates of the Chief Engineers department, was much augmented.

That as a necessary consequence of the manner in which the business of the said last mentioned company was thus conducted, it was always customary during the period of the said Plaintiff's employment as such secretary and treasurer, as also in fact it had always been before, and this, to the knowledge and under the instructions and rules in that behalf of the said company, and of its Board of Directors, when ever the Board of Directors of the said last men-

tioned company made appropriation to cover any estimate or estimates, (each such estimate usually comprising a considerable number of payments) to enter all such payments at once in the journal as though immediately made, although it was always well known, and must be obvious, that they were not and could not have been in fact so made; and in truth, such entry was never meant to be, nor understood as being, a declaration that such payments were so made, but only that the same were authorised, and either had been made or would be made as occasion might require or offer, the fact being, that at the time of such entry the same often had been made by way of advance long before, and often could not be made (for one cause or other) until long after, and often had to be made (whether by way of advance or otherwise,) not to the parties named in such entry, but to third parties in their right, as creditors, workmen or otherwise; and in cases where such payments in advance or to third parties were made, it was often and constantly necessary to take temporary vouchers, and to exchange the same afterwards for vouchers more correspondent with such entries in the journal; and wherever such entries, as regarded any particularitems, might not in effect be carried out, as was unavoidably the case in many instances, correcting counter entries had to be made, and from time to time were made, thereafter, as occasion required; all which, however, tended necessarily further to increase the risk of error to the said Plaintiffs' prejudice.

That in or about the month of October 1851 the Board of Directors of the said last mentioned Company feeling and admitting that the work thrown upon the said Plaintiff was so excessive as to render it necessary to relieve him from the care of keeping the books thereof, determined on the immediate appointment of a regular book-keeper to that end, and advertizing for candidates for that office; but in fact the appointment was not made until the month of January, 1852; and afterwards, during the months of January, February and March, 1852, one Robert B. Clerk was in the employ of the said last mentioned Company as such book-keeper, and was charged by the said last mentioned Company with the duty of keeping all the books of account thereof, but wholly failed in respect of such duty and suffered the entries in the said books (and this, without any neglect or fault on the part of the said Plaintiff,) to fall greatly into arrear; and in or about the month of March 1852, the said Robert B. Clerk quitted the employ of the said last mentioned Company, leaving the said books greatly in arrear; and his successor was only appointed by the said last mentioned Company in or about the month of May 1852; and during all that period and for a considerable time before and after, the said Plaintiff was kept constantly occupied with extraordinary and engrossing duties, thrown upon him in order to the carrying on of the general arrangements of the said last mentioned Company, and was wholly unable to prevent further arrears from accumulating in respect of the keeping of the said books; and in fact notwithstanding the utmost diligence and care on the said Plaintiffs' part, a number of original papers and memoranda for entries in the said books were mislaid and lost during the time of such employ of the said Robert B. Clerk and afterwards before the appointment of his successor, and the said Plaintiff, (without any fault on his part) was under the necessity of supplying their place from memory and such

Webster v. Grand Trunk Railway Co.

information as he could afterwards obtain, in doing which he unavoidably incurred great risk of falling into errors to the consequent increase of his pecuniary responsibility.

That moreover, during his whole term of service as Secretary and Treasurer of the said last mentioned Company, the receipts and disbursements thereof, for all of which he was officially responsible, really passed in great part through other hands than his own and in great part did not reach or pass through his hands at all; and besides his regular duties as Secretary and Treasurer, which of themselves were most onerous and engrossing, he was at all times overburthened with all manner of other duties, having to travel often along the Railroad of the said last mentioned Company, and to Sherbrooke, and even to Portland in the State of Maine, and elsewhere, and to act for months together as Chief Traffic Agent in the absence of that officer, and also for a long period as *de facto* Superintendent of the said Railroad before he was formally appointed to that office, and to oversee all manner of affairs of the said last mentioned Company, and to draft reports for its Board of Directors, and so forth, all of which duties he did his utmost to fulfil, and in fact did fulfil to the entire satisfaction of the said Board and of the said Company, but the pressure whereof upon him necessarily made it impossible that he should wholly avoid error or oversight in the conduct of so many and complicated matters as he thus had constantly on hand.

And in explanation of the first 12 items stated in Defendents, plea to be due by the Plaintiffs, he in effect alleged as follows:—

As to Item No 1.—That the transportation and fuel accounts in ledger never represented a state of account between Company and Plaintiff, or any other person; that these accounts were closed in the ledger long after the 15th July, 1853, and that without any reference to the Plaintiff, who was in nowise concerned in the closing of the same; that Plaintiff had no such amount as £536 6s. 7d. currency, as balance of these two accounts, in his hands on the 15th July, 1853; that moreover if he had, there was nothing wrong or unusual in the circumstance, as by a Resolution of the Executive Committee of the Directors of the Old Company, passed on or about the 26th of July, 1852, a floating balance of £600 was authorized to remain always in the hands of the Chief Traffic Agent; that true it is the Plaintiff paid this amount of £536 6s. 7d. currency to the Defendant on or about the 24th of September, 1853, *not however as* an acknowledged balance due by him since the 15th of July 1853, on the two accounts in question, but under the following circumstances: on or about the 24th September, 1853, Plaintiff was called upon to show the state of his account to date, as Superintendent, and to pay over any balance in his hands as such Superintendent, when he exhibited a statement showing a balance of £1098 19s. 10d. currency, (whereof £438 19s. 2d. had accrued on his August appropriation,) and on such statement being examined by Mr. Spiers, the Company's Auditor, the Plaintiff paid the amount at once by three checks,—

One on Bank of British North America, for....	£536	6	7
One on same Bank, for.....	157	17	2
One on Bank of Montreal, for.....	404	16	1
	£1098	19	10

The check for the £536 6s. 7d. being given at special request of the Auditor who considered that amount to be due to the Old Company as contra-distinguished from the present Company Defendant.

As to Item No. 2.—That receipt for amount was necessarily signed by Plaintiff as Secretary Treasurer, but that the amount received from the Post Office was paid to Blackwood & Co., to whom it was due, in lieu of a similar amount erroneously received by the Company on the 6th August, 1851, and entered to its credit by Plaintiff in cash-book, the same being due to Blackwood & Co., then lessees of the road, and not to Company.

As to Item No. 3.—That receipt was certainly signed by Plaintiff, who as Secretary Treasurer had necessarily to sign the same, and that it was not entered in cash-book; but that it did not follow that Plaintiff received the amount personally, although accountable for it, and that he had no recollection whatever of so receiving it.

As to Item No, 4.—That the amount was really paid by Plaintiff, but was plainly an overpayment.

As to Items Nos. 5. 6 & 7.—That Plaintiff really did pay them, although, it was possible an error was made by Plaintiff in entering the names of the parties to whom the payments were made.

As to Item No. 8.—That Plaintiff did not enter in cash-book any such payment as that complained of; that an appropriation having been made to Gemmill by the Company of £162 13s. 6d. cy., the appropriation was entered by the Book-keeper, (in accordance with the custom which had at all times prevailed, as well during the period of Plaintiffs' employment as previously, of entering the appropriations in full as paid, so soon as allowed and before their actual liquidation,) as paid on the 3rd March, 1853, whereas no amount whatever was paid by Plaintiff on that day, and that it was only in June or July following that Plaintiff, after adjusting Gemmill's account with him, by deducting a draft of £150 he owed the Company, paid Gemmill the amount really due him, viz: £12 13s. 6d. cy.

As to Item No. 9.—That entry in cash-book was not made by Plaintiff but by Book-keeper, in accordance with the usual practice before alluded to; in paying Rowland the amount of the appropriations in his favor, the latter placed in Plaintiffs' hands the amount of a draft for £139 5s. cy., drawn by him on account of the same, but not yet paid by the Company, in order that the same might be paid to the Bank of British North America, who held the draft; but before the payment could be made by Plaintiff the Bank had charged Company with the draft, and Plaintiff was thereby found to have so much in his hands belonging to Company.

As to Items 10, 11 & 12.—The entries were made by Book-keeper, in accordance with the usual practice before alluded to, and not by Plaintiff, and these amounts remained in Plaintiff's hands for following reasons, 10 & 12, because the parties had never called for the same, and 11, because on examination Plaintiff discovered that amount had been paid through another channel.

That Items 10, 11 and 12, were paid back by Plaintiff on or about the 24th September, 1853, to the Company, by a check for £125 7s. 7d., and Items 8

Webster v. Grand Trunk Railway Co.

and 9 by a check for £289 5s. currency, and were so paid as amounts plainly belonging to company, and in consequence of the Company Defendant requiring Plaintiff to pay over all balances remaining in his hands.

That Items 2, 3, 4, 5, 6, and 7, were all included in a payment made by Plaintiff of £515 currency, on or about the 24th September, 1853, to the Company Defendant, under special reserve; however, by Plaintiff, to show, on final audit of accounts, that the amounts claimed were not recoverable, with the exception of Items 3 and 4, which for the reasons before stated Plaintiff felt it was not in his power to dispute.

That all the amounts so paid, forming united £2028 12s. 5d. currency, were paid promptly and in full of every claim then made against Plaintiff, and that no other pretence of claim or demand whatsoever was ever made on behalf of Defendant, up to time of Plaintiffs' unjust dismissal; that no pretence of any other claim or demand was ever so made until long after dismissal, and that no charge of wrongful retention of monies, or falsification of entries, or prevarication, or want of faithfulness in respect of his accounts, or otherwise, was ever laid against Plaintiff, or threatened or in anywise even hinted at to him before or at the time of his said dismissal or for a long period of time afterwards.

And in explanation of the charges of disobedience and unauthorized absence from duty, the Plaintiffs in effect alleged, that by the terms of his appointment as Superintendent, which remained unaltered up to the time of his dismissal, he had no superior other than the Board of Directors and the President of the Company; that he never failed in rendering prompt obedience to the orders or expressed desires of such Board or President, or even of any Officer of the Company claiming or offering to direct him in respect of any duty or service to the Company; and that Plaintiff never absented himself from the Company's office but when on duty.

The issue was joined generally.

Bethune, for Plaintiff. There are two points raised by the Pleadings in this cause:—

1. Has the Plaintiff any right to claim salary for the period embraced between the date of his dismissal (30th of September, 1853) and the 30th of November, 1853?

2. Has the Defendant a right to offset against the Plaintiff's claim generally the amount of £360 currency, claimed in the shape of damages as explained in the pleadings and the amount of £771 16s. 4d. currency, claimed as a debt?

And the first of these points involves two considerations, firstly, whether the Plaintiff had been guilty of prevarication & defalcation in his accounts and secondly whether he had been guilty of disobedience of orders and had absented himself from his duties without leave.

As regards the proof, it is enough perhaps to state that the Plaintiff's explanations as contained in his special answer to the Defendant's, Plea, in regard to the Items, 1, 8, 10, 11 and 12, involved in the Defendant's account, *are borne out in every particular*, by the evidence of the Witnesses *examined by the Company itself;* and although the length of time which has elapsed since the transactions on which the remaining Items of that account are based, took place has

deprived the Plaintiff of obtaining that testimony in regard to them, which he otherwise might have been able to furnish, there can be no reasonable doubt that all the entries in the Company's books of account affecting such Items are attributable to *mere error*, and that the charge of *prevarication et defalcation* preferred by the Defendant in connexion therewith is *wholly without foundation*.

Then as to the alleged disobedience to orders, the only proof offered on this head is to be found in the evidence of Mr. Bidder, who was appointed "Railway Manager" by the Company Defendant, and this long after the Plaintiff's appointment as Superintendent,—and who states that on receiving intelligence, on the 27th of August, 1853, of the explosion of one of the Company's engines at Upton, he wrote the Plaintiff a note in the following words, as near as he could recollect, not having retained a copy of the note:—

"DEAR SIR,—I have just heard that a sad accident has occurred at Upton,—one man killed, and the line stopped. Pray see that everything necessary be done, and get all particulars for me."

That the Plaintiff never went to the scene of the accident; and on Witness asking him why he had not, that the Plaintiff replied "that as he had not charge of the engines; it was no business of his."

With regard to this charge it is enough to say, in the first place, that it is nowhere proved in the Record, that Mr. Bidder had any authority to give such an order to the Plaintiff and in the next place, that it is apparent from Mr. Bidder's own letter, which was produced and fyled on his examination by the Plaintiff, that no such order even was given, the letter is in the following terms:—

"Be good enough to let me know on Monday morning what number of Red "and White Flags you have got, that I may know how to provide for the new "Regulations. I have just heard that one of the engines has exploded, and seve-"rely injured the fireman; you had better get all particulars of this sad accident by Monday."

The gist of Mr. Bidder's charge, as stated in his Deposition, is *that the Plaintiff had not gone to Upton as he, Mr. Bidder, had ordered him to do.* Such an order might certainly be implied, from the terms of the supposed note, which Mr. Bidder did *not* send, but as certainly cannot in any way be implied from the terms of the letter which he *did* send. The only *request* contained in this last letter (there being no *order* of any kind in it,) in relation to the accident, is to procure particulars thereof, and *no refusal to furnish such particulars has been attempted to be proved;* and further, had Mr. Bidder asked the Plaintiff for particulars of the accident, he was quite prepared to afford him the fullest information, having obtained all requisite particulars from the subordinates on the road. But instead of being invited by Mr. Bidder to furnish such particulars he was rudely requested by the Witness to explain *why he had not gone out to Upton*, as he, Witness had ordered him to do.

With regard to the charge of absence without leave, no attempt at proof whatever was made by the Defendant.

On the first point therefore raised by the pleadings, it is manifest that at the time of the Plaintiff's dismissal there existed no legal ground sufficient to justify his discharge without payment at the least of his salary in full to the end of the then current year, namely to the 30th of November, 1853.

Webster v. Grand Trunk Railway Co.

We now come to the second point raised by the pleadings.

The Defendant's claim of £300 for damages is based on a presumed loss of £60 interest said to have accrued in favor of the Company on an unadjusted account between it and the Ebbw Vale Company, but it is enough to say of this that it is nowhere satisfactorily proved that any such loss really accrued, much less that the Plaintiff is, by reason of any act or neglect of his, responsible for such loss.

Then as to the alleged debt of £771 16s. 4d. cy., composed of 10 Items as detailed in the latter portion of the Defendant's account.

The first three of these 10 Items are claimed on the *specific* ground that the Plaintiff *never in fact paid them*; and it is enough to say in regard to them, that the Defendant has simply failed to prove they were not paid, and has merely succeeded in raising a presumption that they may have been *irregularly* paid, a charge for which the Plaintiff can in no way be held responsible in the present action.

The 4th Item is claimed as having been "*falsely* and erroneously" charged by the Plaintiff in the cash-book on the 1st October, 1851, after having been *previously charged* by him in the same book under the dates 18th August and 8th September, 1851.—The pretence that these amounts are identical is based entirely on inference, and is contradicted by the positive testimony derived from the corresponding entries to be found in the books of account, kept by the Company's Chief Engineer at Sherbrooke, and produced as evidence by the Company itself.

The proof tendered by the Defendant in support of the 5th Item fails to support the idea of a double charge, and tends rather to strengthen the correctness of the entry attacked.

As to the 6th Item it is plain, from Valiquet's evidence, coupled with the vouchers and statements fyled, that the Company has been overcharged to the extent of £42 1s. 9d., but that this is the result of mere error is manifest from an inspection of the documents and evidence.

It might be enough to say of the 7th Item that the reason given in the Defendant's Plea, for demanding payment of it from the Plaintiff, is in itself wholly insufficient, but the proof offered in support of it is equally unsatisfactory.

The 8th Item reposes entirely on the fact that in March, 1852, the Plaintiff prepared a draft journal entry for the Book-keeper of the Company, in which Gzowski is credited with two amounts apparently corresponding, when united, with the amount claimed under this head; but the vouchers produced by the Defendant go distinctly to shew that the sums charged by the Plaintiff in the cash-book as paid by him were in fact so paid.

As to the 9th and 10th Items it is plain, from the evidence of record, that the Plaintiff in fact paid the amounts charged by him in the cash-book, and no responsibility is proved against the Plaintiff, in connection with the erroneous crediting of the same amounts to Gzowski in the Company's journal.

On the whole, therefore, it is submitted that the Plaintiff is entitled to Judgment for the amount claimed, £300 currency, and Interest from service of process, and Costs, less the sum of £42 1s. 9d. currency, involved in the said 6th Item.

Cartier Attorney General, for Defendant, contended, that the charges of disobedience to orders and prevarication and defalcation in the Plaintiffs accounts had been substantially made out, but if any doubt existed as to the precise nature of the proof on these points, it was quite clear from the evidence adduced, that whether the Plaintiff actually disobeyed the orders of his superior or not, he had been guilty of that amount of neglect of duty which was equivalent to disobedience; and in respect of the state of his accounts the errors discovered by the Company's auditor were of so grave a character, that they fully justified the dismissal of the Plaintiff.

As to the amounts claimed by way of offset, the Company was disposed to waive that arising out of the Ebbw Vale account, but there could be no doubt from the evidence of Speirs and the other Witnesses examined, that the debt of £771 16s. 4d. cy., had been conclusively brought home to the Plaintiff, and he confidently relied on the dismissal of the Plaintiffs action.

Smith, J.—The two actions (*meaning the present, one and a cross action on the part of the Company, heard at the same time*) might be considered as one and had to be decided on the same principles. He would here express his opinion that it was a great pity that these cases were ever allowed to come before the Court. The questions involved were those merely of account, and ought to have been settled by Accountants, who were thoroughly conversant with such matters. But as they had come before the Court, the Court had no other alternative than to arrive at the best conclusion in their power, after a most laborious and searching investigation into every one of the books, vouchers, &c., produced by the parties. The first action was instituted by Webster against the Company for the recovery of £300 for six months salary. The declaration set out that he had for some years previously been in the employ of the St. Lawrence and Atlantic Railroad Company, as Secretary-Treasurer, and latterly as Superintendent, and that after the amalgamation of the last named Company with the Grand Trunk he was continued in office as Superintendent until his dismissal in September, 1853. That at the time of such dismissal there were 4 months salary due him, and he also claimed for the next 2 months in order to complete his year's salary, on the ground that he had been discharged without cause. To this the Company replied that the Plaintiff was only entitled to demand 4 months salary, or £200, that is to date of discharge, and further, that as to the sum, he could not now recover it from them, inasmuch as by certain acts of the Plaintiff in connexion with Ebbo, Vale & Co., the Grand Trunk Company had lost the sum of £300, and had, therefore, a right to set off that sum against the Plaintiff's demand. The Company, Defendant, further alleged that owing to certain errors and improper entries made by the Plaintiff, while acting as such Secretary-Treasurer, the Company had lost the further sum of some £2,200, on account of which Webster had only paid about £1,400 to the Company. Then followed a special action by the Company against Webster for the purpose of recovering that amount. The whole case then turned upon these two points. 1st. Whether or not Webster had been properly dismissed; and 2nd. Whether the errors and irregularities charged against Webster really existed. As to the first point, the grounds alleged by the Company as justifying

Webster v. Grand Trunk Railway Co.

their dismissal of Webster were :—1st. Disobedience to the orders of Mr. Bidder, who was the General Manager of the Company; and 2nd. Improper deportment on the part of Webster in keeping his accounts. As to the first ground, the Court were of opinion that it was not clearly or satisfactorily proved. There was no doubt but that a letter from Mr. Bidder existed, which called upon Mr. Webster to ascertain the particulars of an accident which had just occurred on the line, and which had resulted in the death of a person. Webster, instead of going himself, sent some other person to ascertain these particulars. This, Webster said, he thought was sufficient. Finding then, that there was no absolute disrespect to his superior officer or actual disobedience of orders, the question arose as to whether it was not the duty of Webster to have gone personally, without any special order to that effect. The Court had no hesitation in saying that it was his duty, acting as he did as Superintendent. In these days, it would never do to allow a Superintendent to send a man instead of going himself, on the occasion of an accident resulting in death. Nothing short of a personal visit could satisfy the Company; and the Court thought, that on that ground alone, the Company were justified in dismissing him. We now come to the second ground, namely, Whether there were such irregularities of accounts, as alleged by the Company? It was impossible to look over the accounts, without feeling convinced that such irregularities existed; there was no necessity of enquiring whether they were the result of fraud or mere error, as the Company had a right to dismiss any servant guilty of such irregularities, and the fact that Webster had refused to give any explanation concerning them, was also sufficient justification of the Company in the course they had adopted; and, under these circumstances, there could be no doubt but that the claim for salary must be reduced to £200. We now come to the question of compensation in damages set up by the Company. The amount set up, some £2200, was the amount found by the accountant employed to audit the accounts, and who stated that on Webster being notified of such error, he at once paid £1400 under protest, declaring that he had already paid that amount out of his appropriations and denying that there was any deficiency, as alleged by the accountant. This, however, could not be looked into by the present action. If Webster had paid that sum wrongly, he had his action to recover back the money. Speirs, the accountant, then swears that on the errors being pointed out to Webster, he paid that sum, so that the Court has now nothing to do with that portion of the case, and the first twelve items must be set aside. It remained then to ascertain whether the company had any other claim against Webster which they could set up in compensation. The other claims consisted of 10 items, amounting in all to £771 16s. It was the duty of Webster, in his capacity of Secretary-Treasurer, to receive the amount of all appropriations, which he paid over when ordered on the production of the proper certificates. The only question was, has he accounted for his cash. The Court had nothing to do with any irregularities that might exist in the journal or other books, as they could not affect the cash account, if correct. The only way that Webster could be charged as Cashier, was by alleging that by the cash book it appeared that he had received so much, and asking him to produce his vouchers. The first item of £100 appeared to have been

entered twice in the journal, but not in the cash book, and there was therefore no proof that the company had been charged twice. The same remarks applied to the 2nd item of £100, so that with respect to this sum of £200, the company had no claim against Webster. The 3rd item of £150 assumed a different aspect, for here was an entry in the cash book of a previous payment of that amount, and also the company is charged with the full payment of the whole appropriation; and in the absence of any voucher, the Secretary-Treasurer must be held liable. His Honor would remark here that he was far from intending to convey the idea that the mistake in question was intentional on the part of Webster; so far from that, for his part he thought it wonderful that mistakes had not more frequently occurred, when it was taken into consideration that the books of the company had not been audited for a space of six years, and that a sum amounting to almost a million of pounds had passed through his hands during that time. With respect to the 4th item of £225, there could be no doubt but that there was a double charge, but it did not sufficiently appear that Webster was responsible for it. The mistake might have occurred at the Sherbrooke Office, over which Webster had no control. This item, then, must be rejected. As to the remaining items, it would be found that they were entered in the cash book as having been paid, and at the same time they were entered to the credit of other persons, who made a charge against the Company in cash for the same amount. The Court was of opinion, therefore, that the total of these six items should be added to the item of £150, forming together the sum of £346 16s for which Webster was liable to pay the company, and which, when set off against the £200 due to him for salary, would leave a balance of £146 16s against him, and for which judgment is awarded in favor of the company. Before concluding, he wished to add that in charging Webster with these errors, the Court did so without charging him with any improper conduct; it was, in fact astonishing that the errors were so few, as before stated. It was a great pity that this case was ever brought into Court; but having been once brought there, the Court could only come to a conclusion on the books and papers produced, and had only to ask whether the cash-keeper had produced vouchers for all his payments. They could not help expressing their opinion that they thought this a very hard case, that a man, after so many years of service, and during which time such a large amount of money had passed through his hands, should now be held liable for such a small amount.

Day, J.—Wished it to be understood that he did not sit in the case.

MONDELET, J.—If the pretention for discharging Webster was grounded on the fact of disobedience alone, he, for one, had considerable doubt whether the Court would be justified in coming to any such conclusion. But the pretention is also founded on the right that the Company had to discharge him under all the circumstances of the case, and he had no hesitation in expressing his opinion that the fact of Webster not attending personally at the scene of the accident, laid him open to be discharged. There was also another ground, namely, that the Company were justified in discharging him on account of the manifest errors in his accounts, and this without imputing to Webster any fraud. There could be no doubt of an employer's right to discharge a servant in such a case; other-

Webster v. Grand Trunk Railway Co.

wise by keeping an incompetent person in his service he might be liable to suffer great loss. As to whether Webster was guilty of making intentional errors, he could only say that if he was so charged, he might impute it to his own obstinacy in refusing to give any explanations, but at the same time he thought it due to an honorable, though obstinate man, to state that it did not appear that he was guilty of any thing dishonorable, and as a Judge, he was happy to be able to say that he did not think there was any intention to defraud on his part.

Badgley, J.—Did not differ from the conclusions arrived at by the other members of the Court, but did not concur altogether in the means by which said conclusions were so arrived at. This was an action by a servant against his master for a wrongful discharge. The plea was justification on the ground of disobedience to orders and irregularities in his accounts. As to the latter ground the figures had been set up in the printed factums and there was no necessity for going over all these points again. It was always a very difficult matter to lay down any fixed rule as to what would constitute a right to discharge. This, however, was a peculiar case. Webster was not a common servant, but was in the employ of a Railway Company, where a vast motive power was under his charge. It was therefore absolutely necessary that all servants in Railroad Companies should be peculiarly active in the discharge of their duties, not merely as regarded their employers, but on behalf of the public, and ought not only to obey all orders but be prompt in investigating all accidents. One thing was quite clear that Bidder was the General Manager of the road, and it was therefore his duty to direct the person in charge as Superintendent to ascertain all the particulars of the accident. Webster ought therefore to have gone, but he did not do so. Possibly there was no disrespect intended, but it was his duty to have assisted the General Manager, and he considered that there was a kind of disobedience or at any rate a nonfeasance of what he ought to have done. The letter produced at all events proved that Webster had a knowledge of the accident. It was very difficult to lay down a general rule in these cases, but one thing was certain, that the master was justified in discharging his servant in all cases, when the law justified the discharge. It mattered not whether the motive assigned by the master would justify it or not. Another ground was pecuniary irregularities. There could be no doubt but that if such were found to exist they would constitute a good ground for discharge. Here, too, Webster only paid over the monies after the errors had been discovered by an Accountant without any assistance on his part. Under these circumstances there was sufficient justification in law for his discharge, and he had no reason to complain of it because he had paid the monies afterwards. He could not help feeling sorry that the balance of accounts stood as it did, for he felt convinced that if more attention had been given to these errors by Webster he would have been able to explain them away, as it was evident they arose from mere error. However, the Court was obliged to judge in accordance with the evidence alone, although in his opinion the case could have been far more equitably adjudged out of Court.

Judgment: dismissing action.

Bethune and Dunkin, for Plaintiff.
Cartier and Berthelot, for Defendant.

(S. B.)

MONTREAL, 30th APRIL, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

No. 281

Wilson v. *Morris, & Dame Elizabeth Ravaria, Plaintiff par reprise d'instance.*

Where an individual who offered for sale goods, was arrested by the party to whom they were offered, under the mistaken belief that they were his stolen property, the latter is liable in damages, though not actuated by malice; and the party making the arrest is not entitled to notice of action under 14 & 15 Vict., cap. 54.

The declaration of the Plaintiff set out that the Defendant, without just cause, had caused the minor son of the Plaintiff, when he entered on business into the shop of John Henderson & Co., in which the Defendant was a partner, to be arrested by a policeman on a charge [illegible] and taken through Notre Dame Street, one of the most public streets [illegible] in his custody, to the office of the Police Magistrate; that at the [illegible] and elsewhere the Defendant charged him with being a thief; that in consequence of the false accusation of the Defendant, the Plaintiff's son was detained in custody two hours, and then, when the Defendant was by the Magistrate, before whom the Plaintiff's son was brought, required to make his charge under oath, he declined doing so, and declared that he had no charge to make, whereupon the Plaintiff's son was set at liberty. That the Defendant, in acting as he did, was actuated by premeditated malice, the whole to the damage of the Plaintiff of £1000 currency.

The Defendant met the action by three pleas.

The first plea was a *défense au fonds en fait.*

By a second plea, the Defendant set out that in the month of November, 1855, ten Mink skins, of the value of £5, the property of the said firm of John Henderson & Co., had been feloniously stolen from them; that afterwards, on the 1st December, 1855, the Plaintiff's son, who was then entirely unknown to the Defendant, entered into the shop of the said Henderson and Co., and offered for sale to them three Mink skins; that the Defendant then examined said skins, and discovered that they had the private mark of the said firm stamped upon them, and that they were marked on their head as being their property, which in fact they were; that Defendant thereupon asked Plaintiff's son where he had got said skins; that Plaintiff's son then falsely stated that he had bought said skins from a *voyageur* or individual, who had left Montreal that morning; whereupon the Defendant having good cause for suspicion, did give Plaintiff's son in charge to one François Menard, a policeman, until Plaintiff's son could be carried before some one of the Justices assigned to keep the peace of our Sovereign Lady the Queen, and to hear and determine felonies and misdemeanours, to be examined before such Justice, and dealt with according to law; that said policeman did then carry plaintiff's son before William Ermatinger, such Justice of the peace, by whom he was examined touching the premises, and afterwards discharged out of custody by said Justice, and by means of the said several premises, the plaintiff's son was detained during one hour, being a reasonable time and lawful and just for the causes aforesaid, which were the supposed grievances and wrongs whereof the plaintiff had complained against the defendant.

Wilson v. Morris.

By a third plea, the defendant alleged that in the month of November aforesaid, ten skins of the value of £5 cy., the property of Henderson & Co., were feloniously stolen from them; that on the 15th November, three mink skins, of the value of £2, the property of the said Henderson & Co., were feloniously stolen from them; that within a day or two afterwards, one Brahadi, a furrier, informed defendant that he believed the said Henderson & Co., were being robbed; that he (Brahadi) had that day made a purchase of some skins which bore the stamp of said Henderson & Co., as being their property; that he then shewed the defendant said skins, which were then recognized by the defendant as portion of the skins stolen as aforesaid; that Brahadi then gave a description of the person from whom he had bought said skins, and said description answered the description of the plaintiff's son; that one or two days next thereafter, Brahadi again called on defendant, and told him that other skins had again been offered to him for sale, which he had refused as having the private mark of the skins of said Henderson & Co., and because he believed them to have been stolen, and the person offering them represented to him in reply to his inquiries that he had bought the skins from a wood-merchant or *voyageur;* that on the 1st December, the plaintiff's son, being entirely unknown to defendant, and answering to the description of the person from whom Brahadi had refused to buy, came into the shop of Henderson & Co., and offered for sale to the defendant three mink skins, which defendant, upon examination, discovered to have the private mark of the skins of Henderson & Co. stamped upon them; that defendant then asked plaintiff's son where he had got the skins, and the plaintiff's son then falsely and deceitfully declared to the defendant that he had bought the skins from a *voyageur* who had left town that morning; whereupon the defendant, having good and probable cause of suspicion, and vehemently suspecting the plaintiff's son to have been guilty of and concerned in the stealing and carrying off the goods and chattels of said Henderson & Co., and to have feloniously taken and carried away the same, did, at the same time, give the plaintiff's son in charge to the said François Menard, the policeman by whom he was taken before William Ermatinger, Esquire, Justice of the Peace, for examination; that plaintiff's son, when examined, then declared what he had previously said to the defendant respecting where he had got said skins was false, and that he had got them from his relative, a Mrs. Wilson; that one George Young, in the employ of said Henderson & Co., then represented to the defendant that said Henderson & Co. had shortly before dressed three mink skins for a Mrs. Wilson, and the said skins found in the possession of the plaintiff's son, might be the same; that thereupon the defendant was induced to declare to the said Justice, that he did then desist from making any accusation against plaintiff's son respecting the stealing of said skins; and thereupon the plaintiff's son was discharged.

Lafrenaye for Plaintiff—Contended that in this particular case the defendant could not invoke the protection he claimed under the Statutory Laws, inasmuch as the defendant had not a shadow of right in causing the arrest; the skins offered for sale having been previously dressed in his own establishment, and the private marks of the proprietor, "E. Wilson," having been stamped upon

said skins by his own employés before being handed over to the proprietor, and being still visible when offered for sale and when the arrest was made. That this arrest was in fact made with no probable or reasonable cause, and the haste with which it was effected was tantamount to malice.

Torrance for the Defendant—Relied upon the proof made out of the facts alleged in the third plea. There had actually been a felony committed by the stealing of the defendant's furs, and there was a belief prevalent in his establishment that he was being robbed, in which belief Brahadi concurred. Then the skins offered for sale by the son of the plaintiff had the private mark of the defendant upon them, and the plaintiff's son when asked for an explanation, told a deliberate lie about them; and after he had been discharged, in reply to a remark of the defendant's book-keeper that all the annoyance would have been avoided, if he had told the truth in the first place, said he was not bound to tell the truth. The defendant as a good citizen was not only justified, but was bound to act as he did, and cause the arrest of young Wilson. The goods were offered to him for sale, and in the case of a man detaining a person offering goods for sale, where there is reasonable suspicion of their having been stolen, there is an express enactment of the English Statute Law (30 Geo. II., C. 24, Sec. 8) which is law in Lower Canada, that he shall be indemnified though it afterwards appear that no felony was committed. Vide *Chitty, Criminal Law*, i. p. 19. The Statute Law of Canada was in harmony with this enactment, and provided by 4 and 5 Vic., Cap. 25, Sect. 55, that any person to whom any property should be offered to be sold, if he should have reasonable cause to suspect that any such offence (larceny) had been committed on or with respect to such property, was thereby authorized, and if in his power was required, to apprehend and forthwith to carry before a Justice of the Peace the party offering the same, to be dealt with according to law. The defendant further relied upon there being no notice given previous to the bringing of the action, and he contended that having made the arrest under 4 and 5 Vic., Cap. 25, Sec. 55, he was a person fulfilling a public duty, protected and entitled to notice of action, by 14 and 15 Vic., Cap. 54. The defendant, in support of this proposition, cited 9 B and C. 806, and 6 Ad. and El. 661, which were cases decided in that sense in the English Courts, under Statutes from which the Canadian Statutes invoked were copied *verbatim*.

Day, J.—This is a case in which a boy was arrested by mistake as having stolen some furs which he offered for sale. There is no malice, and the Court therefore condemns the defendant to pay Ten Pounds damages and costs of suit.

Lafrenaye & Papin, for Plaintiff.
Torrance & Morris, for Defendant.
(P. W. T.)

MONTREAL, 30TH MAY, 1857.

Coram DAY, J., MONDELET, (C.) J., CHABOT, J.

No. 34.

Languedoc et ux., vs. Laviolette.

Held,—1. That by the law of nations a marriage, contracted and solemnized according to the laws of the country where it is so contracted and solemnized, is binding and valid everywhere.

2. That inasmuch as the Laws of the State of New York, where the plaintiffs were married, recognise the validity of marriages between minors, without the aid of their parents or Tutors, the fact of one of the plaintiffs being a minor and unassisted by her Tutor, and of both parties being residents of Lower Canada, cannot invalidate the marriage thus solemnized between them.

3. That inasmuch as the matrimonial domicile of the plaintiffs was in Lower Canada, the effect of the marriage in the State of New York, without an antenuptial contract, was to produce a *communauté de biens*.

4. That a subsequent marriage in Lower Canada, preceded by a contract stipulating *séparation de biens*, can in no way affect the civil rights of the parties under the first marriage.

5. That the fact of the defendant in his capacity of Tutor to one of the plaintiffs having been a party to the contract, and present at the second marriage, is no bar to his pleading the non-validity of such contract and second marriage, and that the fact of his being a creditor of the husband entitles him in law so to plead.

6. That it is incompetent for either of the married parties themselves to plead the nullity of their first marriage.

This was an action of account brought by the female plaintiff, assisted by her husband, against the defendant, her former tutor. She sued as *separée de biens* by contract of marriage of 23rd October, 1849, passed, at Sherrington, Lower Canada.

The defendant, in effect, pleaded that the plaintiff had been married at Champlain in the State of New York, in September, 1849; that, at that time, Lower Canada was their domicile; that from their marriage, without an antenuptial contract, in Champlain, a *communauté de biens* became established between them; that the plaintiff had consequently no right to maintain her action *à titre de séparée de biens;* that her alleged contract of 23d October, 1849, was null, being post nuptial; that the defendant had a legal interest to urge this, inasmuch as he was a creditor to the extent of £300 cy. of the plaintiff's husband, with whom alone he intended to account as *chef* of the *communauté* referred to.

The plaintiffs by special answer, denied that they ever contracted any valid marriage except the one of October, 1849; that supposing the marriage of September to have taken place at Champlain, it was null, not having been preceded and accompanied by the formalities required by the Laws of Lower Canada where the plaintiffs were domiciled; that in September the female plaintiff was a minor, and that her marriage in Champlain was without the consent of defendant, her tutor, and not preceded by publication of banns, nor celebrated by the proper *curé* of the parties, nor in conformity with the rites of the Roman Catholic Church, to which both the contracting parties at the time belonged; that besides all this, the defendant having become (as he had) party to the marriage contract of October 1849, and present and consenting to such contract and the marriage which followed it, could not legally set up the nullity of such contract.

At *Enquête*, both marriages of the plaintiffs were proved; the first at Champlain, before a minister of the gospel, according to the laws of the State of New York; and the second in Lower Canada, before the *propre curé* of the parties.

No publication of banns was proved to have been made before the New York marriage, nor did it appear whether the minister of the gospel was a Roman Catholic or a Protestant one. No proof was made that defendant had not consented to the New York marriage. The law of the State of New York was proved to the effect that publication of banns and consent of parents were unnecessary there, and that any minister of the gospel could marry, as in this case.

At the final argument, *Cherrier, Q. C.*, for plaintiffs, contended that it was by the laws of Lower Canada that the question should be determined whether the New York marriage referred to was valid or null; that in the present case the Court needed not even to pass upon that question, for defendant could not be heard to attack the separation stipulated in the contract of October—a contract to which he had been a party—(Louet. Lettre N. No. 6, Lemerle, Fins de non recevoir, Page 192); that by that contract the defendant had, as it were, consented that the female plaintiff should enjoy her property separately and be free from her husband's debts. He contended further that the marriage in New York was subject to the laws of Lower Canada, in respect of the capacity of the contracting parties, and their *état*; that it was null, being the marriage of a minor without authorization of her tutor, and without the presence of her proper *curé*, and without dispensation. (Pothier, Mar. 69, 146, 349, 355, Guyot, Rep. Vo. Mariage, P. 368, there cited.)

Mackay, for defendant, argued that if the plaintiffs' pretensions were maintained, husband and wife could advantage themselves after marriage; they might set aside the *droit public*, and might defeat creditors; the *état* of persons could be held as various as contestations, one to-day and another to-morrow. Trouble would be cast into thousands of families in Upper and Lower Canada were this marriage in New York declared a nullity, as contended for by the plaintiffs.

He argued that the New York marriage was perfectly good, and certainly could not be set aside upon the prayer of the two parties married; particularly considering that they allege no error, fraud, or mistake. As well might one of the plaintiffs against the other be received to have that marriage declared null. If the New York marriage was good, the after marriage contract of plaintiffs was null—prohibited by the *droit public*,—particularly doing away with (as it does) our *droit commun*, substituting the conventions of the parties for that *droit commun*. He argued also that the ordinances relied upon by plaintiffs had fallen into desuetude in France, before the conquest, (Pothier, Mar. No. 324); at any rate, that they were incapable of being enforced here under the British *régime*. That as to the defendant's having become party to the plaintiffs' marriage contract of October, that could not prejudice the defendant, for this was a case affecting the *état des personnes*, which, once formed, *ouvrage de la loi*, must remain as formed, (Lemerle, pp. 289 and 299; Boullenois, Vol. 1, pp. 800, 801, 802.) The *régime* of plaintiffs' marriage was the *régime de communauté*, and that plaintiffs' action was misconceived, and must be dismissed.

Authorities cited for defendant to the effect that Plaintiffs could not allege against their New York marriage: Merlin, Rep. octavo edition, Vol. 19, P. 480; Pothier, Contr. de Mar. Nos. 229, 333, 336; Cochin, octavo edition, Volume 2, Page 291.

Languedoc v. Laviolette.

Cherrier, in reply, cited Merlin, Vo. Religionnaire, S. 6; Pandectes Franç., Tom. 3; Felix, Rev. de Leg. 1, Vol. 8, P. 639.

Day, J.—The only difficulty in my mind from the beginning has been as to the right of the Tutor to raise such an issue. As a general rule, the defendant would have no legal quality in that capacity to raise such a question; but he is here sued personally and not as a Tutor, and his interest is plainly shewn by his alleging that the male plaintiff owes him a considerable sum of money, which, if the plaintiffs be *communs en biens*, he has a right to set off, *pro tanto*, against any *reliquat de compte* claimed by the present action. The defendant is not contesting the validity of the plaintiffs' marriage, but on the contrary is maintaining the validity of such marriage, and simply contending for the nullity of the contract entered into after it was legally solemnized. With regard to the fact that the conclusions of the declaration are taken in favor of the plaintiffs conjointly, I would merely remark, that this cannot alter the nature of the action, which is plainly one in the interest of the wife alone.

Now, as to the proof of the first marriage, two witnesses swear to the ceremony and to its being performed in all respects in accordance with the laws of the State of New York, where the marriage was celebrated. The only question which can arise, therefore, is as to the legal effect of such a marriage on the civil rights of the parties; and it has been well settled, that the matrimonial domicile of the parties must govern the determination of the question. In the present case, not only was the matrimonial domicile in Lower Canada, but the parties themselves resided there immediately before and subsequent to their marriage; so that there can be no doubt that the effect of the marriage was to establish a *communauté de biens* between the contracting parties. As to the ground contended for by the plaintiffs, that these parties should have been married by the *curé* of their parish, and that no marriage otherwise celebrated could produce any civil effect, it is undoubted that such was formerly the law of France; but it is equally undoubted that that law was based on a union of civil and ecclesiastical rule, which was peculiar to France, and which never has obtained in this country. Here there is an absolute freedom, as regards thought and form of religion. There is nothing to prevent a Protestant getting married by a Romish Church, and *vice versa*. The Acts of Parliament moreover, authorizing all sorts of sects to marry, are in no way restrictive as to the peculiar religion of the parties. The law gives them full power, in broad language, to marry. And then as to the fact of the marriage having been celebrated in one of the adjoining States, there can be no doubt, that, according to the law of nations, if the marriage were legally contracted and celebrated there, it is binding here; and, as I said before, it has been abundantly proved that the marriage in question was duly contracted and solemnized in accordance with the laws of the State where it was celebrated. Moreover the want of consent on the part of the tutor or guardian, which has been so much relied upon in the argument of the plaintiffs' counsel, cannot legally be urged by the parties themselves, but only by some one standing *in loco parentis*. On the whole, therefore, the majority of the Court is of opinion to dismiss the present action.

Languedoc v. Laviolette.

Chabot, J. Dissentiens. La présente action est en reddition de compte portée par les Demandeurs contre le Défendeur comme ci-devant Tuteur de la Demanderesse. Le Défendeur par ses défenses invoque la nullité du second mariage et celle du contrat de mariage des Demandeurs, vû l'existence d'un premier mariage dans l'Etat de New-York qui a eu lieu devant un ministre protestant et sans aucune autorisation du Tuteur.—Le Défendeur était présent à ce second mariage qui a eu lieu devant un prêtre catholique, et je considère qu'il ne peut pas attaquer ce mariage. Le mariage célébré dans l'Etat de New-York a-t-il produit des effets civils? Pour pouvoir décider cette question il aurait fallu que ce mariage eut été prouvé; or il ne l'a été que par un seul témoin, qui a identifié les parties, et les Procureurs ont consenti à ce que cette déposition valut comme deux dépositions dans la cause.

Je considère ce consentement nul, vû qu'il s'agit d'établir une question d'ordre public, car il en est de même de la preuve de tout fait qui a rapport à une séparation de corps et aux cas où le divorce est prononcé dans les pays où il a lieu.

Je suis d'opinion que le mariage donne droit à la reddition de compte et que les conclusions qui ont été prises par les Demandeurs sont suffisantes.

Mondelet, J. Le Défendeur a intérêt à demander la nullité du second mariage, attendû qu'il a prouvé qu'il est le créancier du Demandeur pour £300.

Le premier mariage est bon, car si un mariage est contracté dans un pays civilisé d'après les lois de ce pays, il est considéré bon par le droit des gens. Dans l'Etat de New-York où le premier mariage a été célébré, un mariage entre une mineure et un majeur ou même entre deux mineurs sans l'assistance ou le consentement de leurs parents ou Tuteurs devant un ministre protestant est valable; car telle est la loi de cet Etat.

L'article 40 de l'ordonnance de Blois ne prononce pas même de nullité quant aux mariages qui ne sont pas accompagnés des formalités qui y sont indiquées.

Pothier, malgré ses efforts pour en induire une nullité, n'a pas réussi à la constater.

La déclaration de 1697 est la seule loi en France (1) qui prononçait la nullité du mariage, lorsqu'il avait été fait sans publication de bans ou dispense d'iceux et sans le consentement de leurs père ou mère ou tuteur pour les mariages des mineurs; mais elle n'est pas en force en Canada, vû qu'elle n'a jamais été enregistrée au Conseil Supérieur de Québec, or on ne trouve aucune autre loi pour déclarer un mariage nul sous de telles circonstances, mais en supposant même que des ordonnances comportaient une nullité à l'époque de leur promulgation qui était plus ou moins rapprochée de celle de la révocation de l'Edit de Nantes en 1685, il faut admettre que deux français catholiques qui auraient dépassé la frontière et qui se seraient mariés en Angleterre sans publication de bans devant le curé de leur paroisse ou un autre prêtre, l'auraient été valablement; car ces ordonnances ne s'appliquaient qu'aux mariages contractés en France, et l'on peut se convaincre de l'existence de cette doctrine, en référant au traité du contrat de mariage par Pothier No. 348 où il rapporte ce qui s'est passé dans le Concile de Trente au sujet des mariages clandestins.

(1) Pothier, traité du contrat de Mariage, No. 337, 361.

Languedoc v. Laviolette.

Un des effets civils qu'a produits le premier mariage des Demandeurs dans l'Etat de New-York est la communauté de biens entr'eux. La Coutume de Paris en déclarant la nullité des contre-lettres frappe de nullité le contrat de mariage qui a été fait après ce premier mariage. Il ne peut y avoir qu'un seul mariage qui puisse produire des effets civils et non un second, si l'un est en contradiction avec l'autre. La présence du tuteur au second mariage ne peut pas avoir eu l'effet de valider ce qui ne peut pas produire d'effets civils.

The following are the reasons of the judgment:—

"The Court * * * * * considering that the plaintiffs have failed to show that by reason of the pretended contract of marriage in the said declaration set forth and alleged to have been executed on the twenty-third day of October, in the year of our Lord 1849, or by reason of any other matter or thing in the said declaration alleged, there was and by law any separation as to property, *séparation de biens*, between the said George Languedoc and Angélique Adèle Beaudry, one of the plaintiffs, and the said George Languedoc [illegible] that the plaintiffs, was at any time before the institution of this suit established or did subsist, or that she the said plaintiff was entitled to the separate enjoyment and administration of her property and estate, inasmuch as the plaintiffs long before the execution of the said pretended contract of marriage, that is to say, on the 25th September, 1849—had contracted and been conjoined in lawful marriage at Champlain in the State of New York, one of United States of America, according to the laws in force in that State; and by reason of the said marriage on the said 25th September, 1849, and under and by virtue of the laws in force in Lower Canada, where the plaintiffs for a long time before had been and then were, and ever since have been resident and domiciled, a community of property, *communauté de biens*, was established and doth subsist by and between the said George Languedoc and Louise Angélique Adèle Beaudry, his wife;

And considering that the defendant hath alleged and proved that he hath an interest and right by law to except to and contest the validity and legal effect of the said pretended contract of marriage, and that by reason of the premises and by law the action of the plaintiffs founded upon the said pretended contract of marriage, and more especially upon the clause and stipulation of separation as to property, *séparation de biens*, therein contained, ought not to be maintained in the manner and form in which the same has been instituted, maintaining the exception by the defendant in this cause pleaded, doth dismiss the action of the plaintiffs with costs.

"Reserving to the plaintiffs such recourse as by law they may be entitled to."

Cherrier, Dorion & Dorion, for the plaintiffs.

Cartier & Berthelot, for the defendant.

R. MacKay, Cou[illegible]

(R. McK.)
(S. B.)
(P. R. L.)

MONTREAL, 30 MAI, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., CHABOT, J.

No. 1227.

Marteau, ès qualité de Tuteur, v. *Tétreau.*

Jugé.—Que la garantie est divisible entre co-vendeurs, qui vendent ensemble les parts indivises, mais déterminées, qu'ils possèdent dans l'immeuble vendu, sans stipulation de solidarité.

Par la présente action, Louis Marteau en sa qualité de tuteur aux enfants mineurs de feu E. Gratton, poursuit le Défendeur hypothécairement pour le recouvrement d'une somme de £500, montant du douaire préfix accordé à leur mère, par le dit E. Gratton, en vertu de leur contrat de mariage, passé devant Notaires le 24 septembre, 1833, et enrégistré par sommaire le 11 octobre 1843. La déclaration allègue que le Demandeur a été autorisé en justice à renoncer à la succession du dit feu E. Gratton, pour les mineures, ses pupilles, deux filles de ce dernier, à l'effet de se porter douairier en leur nom ; que le Défendeur est en possession de deux immeubles qui ont appartenu, pour moitié indivise, au dit feu E. Gratton, et qu'en conséquence, cette moitié indivise est hypothéquée au paiement du dit douaire.

Le Défendeur plaida : 1o que les immeubles en question lui étaient parvenus au moyen d'une vente faite par le dit E. Gratton, tant en son nom, comme ayant été commun en biens avec feue Sophie Masse, la mère des mineures représentées par le Demandeur, que comme tuteur aux dites mineures, le dit E. Gratton ayant été duement autorisé à vendre les parts de ses enfants mineures dans les dits immeubles ; et que cette vente ayant ainsi été faite par autorité de justice elle avait eu l'effet de purger les dits immeubles de toute hypothèque alors existante. 2o Que les dites mineures ayant été partie comme venderesses, à la vente qui lui avait été faite des dits immeubles, par l'entremise de leur tuteur, elles étaient tenues de garantir le dit Défendeur contre tous troubles et hypothèques et qu'en conséquence le Défendeur était bien fondé à opposer une exception de garantie à cette action. L'exception énonce les faits comme suit :

"Que la dite vente fut ainsi faite pour et entr'autres clauses et conditions et considérations à la charge des droits seigneuriaux à l'avenir seulement, et en outre pour et en considération des prix et somme de 6360 livres ancien cours de cette province, prix auquel les dits terrains furent adjugés à la porte de l'Eglise de la dite paroisse de Ste. Marie, dimanche, le 16 de mai alors dernier (mai 1852) suivant le procès-verbal de vente de Joseph Ménard, crieur, reçu devant Mtre Gatien, notaire, le 16 de mai alors dernier et annexé au dit acte.

"Laquelle dite somme le dit Défendeur s'obligea de payer comme suit : au dit vendeur Eustache Gratton, la somme de 1494 lbs. 5 sols et trois deniers, ancien cours, pour sa part dans le prix des dits immeubles, laquelle dite somme le dit Sr. Gratton reconnut avoir reçue du dit Sieur acquéreur (le Défendeur en cette cause) et dont il lui donna toute quittance générale et finale, enfin la somme de *quatre mille huit cent soixante et cinq livres et quatorze sols neuf deniers* dit ancien cours revenant aux dites mineures, le dit Défendeur s'obligea de la payer

Marteau v. Tétreau.

par égales parts aux deux enfants mineures du dit sieur vendeur, à leur âge de majorité, pourvues par mariage ou autrement ordonné en justice, en en payant l'intérêt légal à qui de droit chaque année, à compter du 16 mai alors dernier, savoirs aux deux enfants mineures représentées en cette cause par leur tuteur, le Demandeur, savoir : Marie Josephte Elmire Sylfride Gratton et Philomène Gratton ; enfin, à la charge par l'acquéreur de payer à première demande, en sus du dit prix, tous les frais de requête, assemblée de parents, homologation, experts, nomination et rapport d'experts, notices, criées, conditions de vente, contrat et frais de voyage pour parvenir à la présente vente.

" Que les dites deux mineures ont depuis été payées de tous les droits à elles afférents en vertu du dit acte de vente par le dit Défendeur qui en a pris des quittances notariées, en date du 20 octobre 1854 qui sont produites.

" Que pour recevoir les dits deniers, les dites mineures étaient autorisées en justice et étaient alors assistées de leur tuteur *ad hoc*.

" Que les dites mineures sont liées par telle vente à une exception de garantie envers le dit Défendeur et ne peuvent par leur tuteur porter la présente demande tant et si longuement qu'elles n'ont pas été relevées des actes d'aliénation des dits immeubles par leur père alors leur tuteur qui avait été duement autorisé en justice à ce faire.

" Que partant en vertu de tout ce que ci-dessus allégué, les dites mineures représentées en cette cause par leur tuteur, le Demandeur, ne peuvent être reçues à réclamer leur prétendu douaire et à le faire valoir à l'encontre du dit Défendeur, en tant que les dites mineures sont pour les susdites causes tenues et obligées à garantir le dit Défendeur de tous troubles, dons, douaires et évictions quelconques et se sont désistées de tous droits d'hypothèque et ont perdu à l'encontre du dit Défendeur comme détenteur du dit immeuble tous droits d'hypothèque pour leur prétendu douaire réclamé en cette cause."

" Que par les susdits actes ci-dessus en partie récités, les dites mineures alors duement représentées par leur tuteur ont déchargé les susdits immeubles de toute hypothèque qu'ils pouvaient avoir sur iceux et ont ratifié la vente d'iceux alors faite et ont de fait déchargé le défendeur de tout ce qu'elles pouvaient prétendre contre lui et avoir sur les dits immeubles."

Par la troisième exception le Défendeur plaidait la valeur des impenses et améliorations qu'il avait faites de bonne foi sur les terrains hypothéqués.

Le Demandeur répondit aux deux premières exceptions, qu'elles étaient mal fondées en droit ; 1o parceque la vente des biens des mineures faite avec autorisation de justice, n'était qu'une simple vente et non un décret ; 2o Parceque les mineures n'avaient vendu au Défendeur que leur moitié et que la garantie qu'elles avaient stipulée ne protégeait le Défendeur que contre les troubles qui lui seraient causés dans la jouissance de cette moitié.

La décision de la Cour, sur ces deux questions de droit, fut ajournée pour être prononcée avec celle qui concernait le mérite de l'action.

Lors de l'argument, *Lafrenaye* pour le Défendeur n'insista pas sur le premier moyen, qui tendait à assimiler la vente d'un fonds de mineurs à un décret ; quant au second, il prétendit que le vendeur, E. Gratton, ayant stipulé la garantie, en termes généraux et sans séparer ses intérêts de ceux des mineures,

cette garantie ne pouvait pas se diviser et entraînait au contraire la solidarité entre le tuteur et ses pupilles, que l'éviction d'une partie aliquote et indivise donnait lieu à la garantie et que l'exception de garantie était toujours indivisible.

Il cita à l'appui de cette opinion : Dalloz, Recueil périodique de l'année 1826, 2e partie p. 145 ; 1830, 1e partie p. 343 ; 1832, 2e partie p. 58.

Sirey, Jur. de la Cour de Cassation de l'année 1826, ou tome 26, partie 2e, p. 257, cause de Sageau vs. Levergeois.

Sirey, année 1811 ou tome 11 partie 1, page 188.
" " 1815 " 15 " 1 " 231,
" " 1830 " 30 " 1, " 395.

Pothier, œuvres posthumes, Traité de l'hypothèque, ch. 3, § 5, p. 469, Ed. 1777.

2 Henrys, Question, 31, p. 289, liv. 4, ch. VI.

Le Défendeur prétendit en outre que cette question avait été jugée, conformément à son opinion le 19 décembre, 1853, par la Cour Supérieure, à Montréal, dans une cause No. 1868, Oliva vs. Ayette dit Malo.

Doutre pour le Demandeur répondit que la garantie était, il est vrai, indivisible quand il s'agissait de l'accomplissement d'un fait, comme celui de la tradition d'un fonds et autres cas semblables ; mais que dans le cas où le défaut d'exécution de la part des obligés ouvrait un recours en dommages, il fallait distinguer. Si plusieurs vendeurs ou obligés stipulaient au même acte, comme propriétaires conjoints, sans indication de parts individuelles, le recours en garantie serait indivisible et les co-vendeurs y seraient solidairement tenus, mais si des co-vendeurs, possédant, par indivis, des parts distinctes et individuelles, se joignaient dans un même titre, pour vendre leurs parts respectives, la garantie stipulée en termes généraux, ne pourrait lier chacun que pour sa part. Dans le cas actuel, le père E. Gratton agissant personnellement indique qu'il est propriétaire de moitié de l'immeuble qu'il vend au Défendeur et comme tuteur, il indique que ses pupilles sont propriétaires de l'autre moitié. L'autorisation du juge qui lui permet de vendre la portion appartenant à ses pupilles, ne l'autorise pas à se porter garant, au nom de ses enfants, pour la partie qui n'appartient pas à ces dernières.

A l'appui de cette opinion, le Demandeur cita :

POTHIER, Vente, Nos. 167, 168, 173, 174, 175, 179, 180.

DURANTON, Tome onze, Nos. 263, 265.

Idem, Tome 16, No. 255.

Quant au précédent invoqué, Oliva vs. Ayette dit Malo, le Demandeur nia que le jugement rendu dans ce cas cité, eut prononcé sur la question soulevée en cette cause. [1]

[1] Dans la cause d'Oliva vs. Ayette, le cessionnaire des droits successifs de sept mineurs devenus majeurs, alléguait qu'après la mort de la mère des mineures, le père de ces derniers avait reconnu, dans un inventaire et un acte de partage de mobilier, devoir à chacun de ses enfants une somme de 500 francs ou à peu près. Ces actes avaient été passés à l'époque où les actes reçus devant notaires, emportaient hypothèque générale. Pendant la minorité de tous les enfants, *moins un*, le père-tuteur s'était fait autoriser à vendre la part des mineurs et avait en effet vendu au Défendeur, conjointement avec

Marteau v. Tétreau.

Day, J., Dissentien[illegible] en cette cause allégue que les Demandeurs comme co-vendeurs [illegible]. Les vendeurs se sont joints ensemble et ont vendu pour un seul prix en bloc. L'obligation de garantie est de défendre l'acquéreur en cas de trouble et de payer les dommages qu'il peut en souffrir. Lorsque la vente est faite de la totalité de la terre pour un seul prix, il en résulte une obligation générale de garantie.

Troplong, 1 Vol. Vente, Nos 434, 435 et 436.

Dalloz, Dict. Vo. Garantie, 120, [illegible]. Nous avons déjà maintenu cette doctrine dans la cause d'Oliva vs. Ayette dit Malo. Je suis d'opinion que la défense est bien fondée et que l'exception de garantie invoquée par le Défendeur devrait être maintenue.

Smith, J. Le principe que la garantie est indivisible est admis lorsqu'il s'agit de livrer la chose. La doctrine de Troplong se rapporte à l'obligation des héritiers qui sont garants du vendeur mais lorsque chaque vendeur ne vend que sa part déterminée, bien connue de l'acheteur, alors l'obligation de garantie n'est que subsidiaire à la tradition. Lors de la vente, le tuteur Gratton remet à l'acheteur une copie de son autorisation à vendre et quoique ces immeubles ne soient vendus que pour un seul prix, chaque vendeur ne reçoit que sa part du prix. Est-ce que les mineures étaient tenues de livrer la part indivise de leur père? Elles ne le pouvaient pas et elles n'y étaient pas tenues.

Troplong, vente, No. 434.

Ces mineures ne sauraient être considérées solidaires de la tradition de la part de leur père.

1 Pothier, obligations, Nos. 287, 291, 295.

Troplong, vente, No. 438.

3 Toullier, No. 712, 794.

Le jugement de la Cour maintient en conséquence les réponses en droit du Demandeur, déboute les exceptions en question et déclare la moitié indivise des immeubles, vendus par le père des pupilles du Demandeur; hypothéquée au paiement du doumire des dites mineures.

Doutre et Daoust, Avocats du Demandeur.

Lafrenaye et Papin, Avocats du Défendeur.

(J. D. et P. R. L.)

---

celui de ses enfants qui était devenu majeur, et cela en sa double qualité de propriétaire et de tuteur. Le Défendeur s'était engagé, par l'acte de vente, de payer à chacun la part qui lui appartenait et il avait rempli son obligation. Mais quand tous les enfants eurent acquis leur majorité, ils cédèrent au Demandeur les droits hypothécaires qu'ils pourraient avoir contre les immeubles acquis de leur père, ès double qualité, pour le recouvrement des 500 francs que leur père avait reconnu leur devoir dans l'inventaire et le partage sus-mentionnés, et c'est sur le transport de ces droits que l'action de Oliva était portée. Le Défendeur Ayette plaida par huit exceptions distinctes et il n'en est pas une seule qui invoque contre les mineurs l'indivisibilité de la garantie, comme résultant de la vente consentie par leur père. Aussi le jugement ne dit pas un mot sur cette question. Les considérants du jugement consistent en ce qui suit:

"Considering that the Defendant hath established by evidence his exception of prescription of ten years, in so far as the same relates to the rights ceded by and derived from François Chabot, fils, and Antoine Chabot;—and that by reason of the sale of the

MONTREAL, 30TH MAY, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, (C.) J.

Nos. 507 and 1239.

Simard vs. *Perrault*, and *Perrault* vs. *Simard*, and diverses parties *reprenant l'instance.*

Held:—That it is not competent to unite two causes together, on the ground that the matters in contest, in both cases, are identical.

Per curiam :—This is a motion to unite two causes together, on the ground that the matters and things in contest, in both cases, are the same, and that the decision of both cases depends on the validity of a will, which is attached in each of them by an inscription *en faux*. It is to be observed that the motion is not by consent of the other party to the record. However apparently convenient such a precedent may be, it is nevertheless at variance with the uniform practice of this Court, and the motion must therefore be rejected.

Motion rejected.

Cartier & Cartier, for Perrault.

Cherrier, Dorion & Dorion, for Simard and parties, *reprenant l'instance.*

(S. B.)

MONTREAL, 30TH MAY, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, (C.) J.

No. 210.

Edmonstone, et. al., vs. *Childs, et. al.*, and *Childs, et. al.*, Plaintiffs, *En. Gar.*, vs. *Chapman, et. al.*, Defendants, *En. Gar.*

Held,—That it is competent for Defendants, *En Garantie*, who are impleaded by Plaintiffs, *En Garantie*, as "contractors, and manufacturers, and co-partners" with the Plaintiffs, *En Garantie*, to plead, by preliminary exception, that they were not such contractors and manufacturers, and co-partners, and by the same exception to attack the correctness of the names and designations assumed by the Plaintiffs, and on proof of the truth of the allegations of such exception, to be to be entitled to the dismissal of the action of the Plaintiffs, *En Garantie*.

This was an action *En Garantie*, brought by the Defendants, who were sued in the original action, as contractors and manufacturers, carrying on business with divers persons unknown to the Plaintiffs, *in co-partnership* as such contractors and manufacturers, under the name, style, and firm of the "Montreal Railroad Car Company."

---

land and premises in the Plaintiffs' Declaration described by the said François Chabot, père, on the 9th January 1823, as well in his own name as in the name of his minor children, under the authority of justice and of the cession and transfer by the said Etienne Chabot, François Chabot, Michel Chabot and Antoine Chabot by two several acts, of their portion of the price of the said land and premises so sold, to them respectively belonging, and of the payment by the Defendant to Charles Tetu, to whom the said cession and transfer was made, of the entire amount which the said Etienne Chabot, Michel Chabot, and Antoine Chabot were entitled to, of the price of the said land and premises so sold as aforesaid and the discharge in full by the said Tetu given to the said Defendant, the said land and premises and every part thereof were by law discharged and freed from all hypothecation and liability for or by reason of the rights, debt and demand in the said declaration set forth and sought to be recovered, doth dismiss the action of the Plaintiff with costs. [NOTE PAR J. D.]

Edmonstone v. Childs.

The Defendants, in the writ and declaration in their action *En Garantie*, described themselves as "merchants, contractors, and manufacturers, and co-"partners, heretofore carrying on business as such at Montreal, under the name, "style and firm of the Montreal Railroad Car Company," and impleaded the Defendants *en garantie*, as "Esquires, contractors, and manufacturers, and co-"partners, heretofore carrying on business as such with the said Plaintiffs, *en* "*garantie*, at Montreal aforesaid, under the name, style and firm of the Montreal "Railroad Car Company."

Three of the Defendants, *en garantie*, fyled a preliminary plea or exception, to the effect, that they were erroneously designated, never having been at any time such contractors and manufacturers, and co-partners, nor in anywise, even contractors or manufacturers, or co-partners, any where, or under any name, style or firm whatsoever, and that the said Plaintiffs so *en garantie*, had likewise erroneously designated themselves, they never having been such merchants, contractors and manufacturers, and co-partners, and, on the contrary, being at all times of the several callings and designations set forth in the said exception.

The Plaintiffs *en garantie*, having neglected to answer this preliminary plea or exception, they were foreclosed from doing so, and the case was urged to *enquête*, and final hearing on the merits of the exception, *ex parte*, by the Defendants *en garantie*. And, after hearing the arguments of both counsel, the Court rendered judgment to the effect, that considering that the Defendants, *en garantie*, had proved the material facts of their said plea or exception, that the action of the said Plaintiffs *en garantie* should be, and the same was thereby dismissed with costs.

Action, *en garantie*, dismissed.

A. & G. Robertson, for Plaintiffs, *En Gar.*
F. Griffin, Q. C., for Defendants, *En Gar.*
Bethune & Dunkin, Counsel.

(S. B.)

MONTREAL, 30TH MAY, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, (C.) J.

2469.

Handyside et. al., vs. *Courtney and Moore.*

Held.—In an action against an Endorser (Moore) of a promissory note, payable to the order of the maker, and endorsed by him to such endorser that the following notice of dishonour addressed to maker and endorser conjointly, was sufficient in the absence of any proof by the defendant of the existence of another note.—"your (W. V. Courtney's promissory note for £50 currency, dated at Montreal the 2nd September, 1856, payable three months after date to you, or order and endorsed by you was this day, at the request of Messieurs Handyside, Sinclair and Company, of this city, merchants, duly protested by me for non-payment."

Smith, J.—This is an action on a Promissory Note against both Maker and Endorser. The plea is the general issue. At the argument it was contended by the counsel for the endorser, that the notice of protest was insufficient. Now there is no form of notice established by law. All that is required is that the notice be such as cannot be reasonably misunderstood. There is no doubt

that in the present case there is a variance between the description given of the note in the notarial notice and the note itself, but there can be no reasonable doubt as to the identity of the note referred to in the notice. It was for the Defendant to prove that there was another note of the same date and amount, and in the absence of proof of the existence of such other note the Court cannot presume that there was any such. On this point I would refer the Counsel to Byles on Bills (2nd Am. Ed.) p. 216-17. The case of Shelton, et. al. *vs.* Braithwaite, in 7 Meeson and Welsby, p. 435; * and Holcombe's Digest of S. C., of the U. J., p. 137; Nos. 93 and 97.

Handyside v. Courtney and Moore.

Mondelet (C.) J., dissented, on the ground that Moore the endorser could not be presumed to have known of any other note and consequently, could not be expected to prove its existence.

Judgment for Plaintiffs.

Monk & Macrae, for Plaintiffs.
T. Nye, for Defendants.
(S. B.)

MONTREAL, 30TH MAY, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, (C.) J.

No. 2527.

The Grand Trunk Railway Company vs. *Webster.*

Held.—That the taxation of Witnesses cannot be revised subsequently by the Court.

This was a motion by the Defendant to revise the Taxation of certain Witnesses who had been examined simultaneously in the present case and in a cross action brought by the Defendant, on the ground, that the amount allowed on the face of the depositions, in each case should have been divided between the two cases and not allowed in full in each case. The application was supported by affidavits which went to establish, that the single allowance was all that the Witnesses were strictly entitled to, and that the granting of such allowance in both cases amounted in fact to a double taxation.

Smith, J.—It is impossible for the Court to grant the present application. The witnesses have been duly taxed on the face of their depositions, and suffered to retire, under the conviction that no question could subsequently be raised in regard to their allowance. It is not competent, therefore, for one of the parties in the cause, without summons or notice of any kind to these Witnesses, to seek to revise the taxation thus definitively settled. The time for objection was whilst the taxation was being effected, and it is too late now to urge what should have been advanced, before the depositions were closed and the Witnesses permitted to withdraw.

Motion rejected.

Cartier & Berthelot, for Plaintiff.
Bethune & Dunkin, for Defendant.
(R. B.)

* The Doctrine laid down in this case was re-affirmed in Stockman *vs.* Parr, 11 Meeson and Welsby, p. 809.—[Reporter's Note.]

MONTREAL, 8 JUILLET 1850.

Coram SMITH, J., VANFELSON, J., C. MONDELET, J.

No. 533.

Rochon, v. *Leduc*.

Jugé.—Que le condamné à mort par la Cour Martiale en 1839, et qui a obtenu le pardon de Sa Majesté le 27 janvier 1844, ne peut pas ester en jugement et ne peut pas revendiquer sa propriété.

Une action pétitoire fut intentée par le Demandeur contre le Défendeur et fut rapportée devant la ci-devant Cour du Banc de la Reine, au Terme Supérieur, le 20 Octobre 1848, pour obtenir la possession d'un lopin de terre que le Demandeur prétendait être passé en la possession du Défendeur en avril 1847, par fraude et illégalement.

Le Défendeur plaida diverses exceptions; mais il suffit de rapporter les terme de la première qui eut l'effet de repousser l'action et qui est comme suit :

" Que le Demandeur ne peut obtenir les conclusions par lui prises en sa dé-
" claration, pas même instituer la dite demande, parce que entr'autres raisons à
" déduire en temps et lieu, le dit Jérémie Rochon, le Demandeur en cette cause,
" a été, dans la cité de Montreal, à partir du 25 de mars au 8 d'avril 1839, duc-
" ment condamné à mort par la Cour Martiale, alors siégeant en la dite cité de
" Montréal, ainsi qu'il appert par le dit jugement dont le dit Défendeur produit
" un certificat authentique, et auquel il réfère pour plus ample information
" comme faisant partie de son présent plaidoyer.

" Que l'effet de ce jugement ou condamnation portant la peine de mort et
" décerné contre le dit Demandeur comme susdit, par la Cour Martiale siégeant
" alors et duement établi et constituée par le lieutenant général alors gou-
" verneur en chef et commandant des forces dans cette province, a eu l'effet
" d'un *attainder* à toutes fins et intention quelconques en loi sur le dit Deman-
" deur, contre qui le dit jugement a été ainsi prononcé ; et que les terres,
" ténemens, héritages, créances, droits, biens-meubles ou immeubles et toutes
" autres choses personnelles ou réelles appartenant au dit Demandeur, à l'épo-
" que du dit jugement, ont été confisqués au profit de Sa Majesté, la Reine, et
" de ses héritiers et successeurs à perpétuité, et conséquemment qu'en loi le dit
" Demandeur n'a plus aucun droit à la propriété qu'il revendique, est incapable
" en loi d'instituer l'action qu'il a instituée contre le dit Défendeur et que cette
" honorable cour ne peut recevoir ou entretenir la demande du dit Demandeur
" ni l'admettre à ester en jugement."

Le Demandeur répondit spécialement à cette exception comme suit : " qu'en
" supposant vrais les allégués du Défendeur, et qu'il ait été condamné à mort,
" tel que l'allègue le dit Défendeur, le dit Demandeur a été bien et duement
" réhabilité et rétabli dans tous ses droits de citoyen et de sujet anglais, par le
" pardon à lui accordé le 27 janvier 1844, par sa Très Gracieuse Majesté Vic-
" toria, Reine du royaume-uni de la Grande-Bretagne et d[illegible], suivant qu'il
" appert par un acte de pardon produit avec les présentes, que les biens du
" Demandeur n'ont jamais été confisqués au profit de Sa Majesté la Reine et
" de ses héritiers et successeurs, et que, l'eussent-ils été, ce n'a pu être au profit

" du Défendeur qui n'a pas justifié être l'héritier et successeur de Sa Majesté, " et ne peut en aucun cas excipier de son droit, que d'ailleurs les biens du De- " mandeur n'ont jamais été vendus à la poursuite de la couronne ; que lui, le " Demandeur en est toujours demeuré le propriétaire, dans la jouissance et pos- " session desquels dits biens il est rentré, en supposant qu'il les eût perdus, par le " pardon de sa souveraine à lui accordé le 27 janvier 1844, et qu'ainsi la dite " exception du Défendeur est nul fondée et ne peut être maintenue."

Enfin le Défendeur répliqua spécialement en ces termes : " That the pardon " produced and fyled by the said Plaintiff has no effect further than giving " liberty to the said Jérémie Rochon and shortening the time of deportation of " the said Jérémie Rochon, but that the said pardon does not remove the effect of " the *attainder* accruing from the pronouncing of the sentence of death against " the said Jérémie Rochon, that in granting his the said Jérémie Rochon's " liberty, nothing else is therein specially mentioned, that the fact of the said " Jérémie Rochon being attained, is not specially or in any other way men- " tioned therein.

" That the said Defendant does not claim as the successor of Her Majesty, " but merely denies the right of the said Plaintiff to bring his said action in " consequence of the said *attainder*."

A l'appui de sa première exception le Défendeur produisit une copie de la sentence de la Cour Martiale, passée contre le dit Jérémie Rochon, et le Demandeur à l'appui de sa réponse spéciale, produisit l'acte de grâce et pardon accordé par Sa Majesté en faveur du Demandeur le 27 janvier 1844.

Les parties ayant été entendues sur le mérite de la cause généralement, la cour rendit le jugement suivant :

" The court having heard the parties by their counsel, as well on the merits as " upon the peremptory exception *firstly* pleaded by the Defendant, examined " the proceedings and proof of Record, and having deliberated thereon, consi- " dering that the said Defendant hath established by legal evidence the peremp- " tory exception *firstly* filed by him, *and that the said exception is sufficient* " *by law to bar the right* of the said Plaintiff to recover in his said action doth " dismiss the said action with costs."

A. & G. Ouimet, pour le Demandeur.

De Bleury & Kerr, pour le Défendeur.

(P. R. L.)

MONTREAL, 30 SEPTEMBRE 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 1767.

Wilson v. *Pariseau & Phillips*, mis en cause.

Jugé,—Que la règle à être prise contre un gardien qui ne représente pas les effets placés sous sa garde ne doit pas demander à ce qu'il soit considéré être en mépris de cour ; mais seulement incarcéré jusqu'à ce qu'il représente les effets.

La règle qui fut déclarée absolue en cette cause est en ces termes :

Wilson v. et Parizeau and Phillips.

La cour sur la motion du dit Demandeur à ce que, vu qu'il appert par le rapport du shérif du District de Montréal, fait en cette cause, et produit devant cette cour le vingt-unième jour d'avril mil huit cent cinquante sept, au bref de saisie-exécution, *Venditioni exponas de bonis*, émané en cette cause le premier avril mil huit cent cinquante sept contre les biens-meubles du Défendeur, et par le procès-verbal et rapport de l'huissier Charles Rapin formant partie du dit rapport du shérif: que William Phillips cultivateur de la paroisse de St. Philippe, dans le District de Montréal, nommé gardien volontaire, par le Défendeur, des effets et meubles saisis sur le dit Défendeur en vertu du Writ d'*alias fieri facias de bonis* émané le vingt-unième jour de novembre mil huit cent cinquante six, n'a pas représenté les effets et biens-meubles saisis sur le Défendeur le vingt-neuf novembre mil huit cent cinquante six, savoir: " une jument sous poil noir, " quatre grand cochons, deux petits cochons, un lot de briques d'environ cent " mille briques (plus ou moins,) un attelage complet, un collier à part l'attelage, " une petite charrette de promenade peinte en noir " et qui l'à et alors ont été mis sous ses soins et sauvegarde, quoique duement sommé et notifié de ce faire pour être vendus suivant la loi le quatorzième jour d'avril mil huit cent cinquante sept à une heure de l'après midi au domicile du Défendeur, en la Cité de Montréal, dit District; que le dit gardien William Phillips soit tenu de représenter et remettre au dit shérif les effets et meubles ainsi saisis en cette cause et mis sous ses soins et sauvegarde, et que faute par lui de ce faire il soit contraint par corps et incarcéré dans la prison commune de ce District jusqu'à ce qu'il ait représenté les dits effets et biens-meubles, à moins que cause contraire ne soit montrée le 17 septembre prochain.

Le Demandeur avait été débouté d'une première règle qu'il avait prise dans les termes suivants.. .. " que le dit gardien William Phillips soit tenu de repré- " senter et remettre au dit shérif les effets et meubles ainsi saisis en cette cause " et mis sous ses soins et sauvegarde, et que faute par lui de ce faire, *il soit tenu* " *et déclaré en mépris de cette cour*, contraint par corps et incarcéré dans la pri- " son commune de ce District jusqu'à ce qu'il ait représenté les dits effets et " biens-meubles, &c."

La cour rejette cette première règle en observant que le Demandeur en traitant le mis en cause, comme étant en mépris de cour, devait procéder suivant la pratique anglaise suivie dans les cas d'*attachment for contempt of Court*, en soumettant des interrogatoires, &c., que d'ailleurs la procédure à suivre est une règle pour obliger le gardien de représenter les effets par voie de contrainte par corps.

Lafrenaye & Papin, pour le Demandeur.

Loranger & Loranger, pour le mis en cause.

Vide L. C. Jurist, p. p. 86 & 158.

Note.—In a case decided on the 25th april 1848. Coram Rolland, Day & Smith, Justices, No. 2427, Workman v. Clark & Dunlop, Guardian, upon a rule against the latter for not having produced the goods on the day of sale, it was " ordered that " attachment do issue in this cause to arrest the said Charles J. Dunlop and to " commit him to the common gaol of this District and thereto detain him until he shall " have paid the debt, interest, costs and subsequent costs as above mentioned and more " particularly set forth in the said Judgment, and also the costs of said rule for con-

" *trainte par corps* or that the said Charles J. Dunlop do pay to the said Alexander " Workman the value of the said goods and chattels so seized and not represented by " him as aforesaid; such value to be ascertained in case of need at the diligence of " the said Charles J. Dunlop, the said goods and chattels so seized and not represented " by him and more particularly hereinafter set forth."

P. R. L.

Wilson v. Pariseau and Phillips.

MONTREAL, 30 SEPTEMBRE 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 693.

Ex parte Léonard, pour writ de Certiorari.

Jugé: que les frais sur la mise au néant d'une condamnation (*conviction*) sont à la discrétion de la Cour. (1)

Day, J. La cour est d'opinion que la condamnation qui a été prononcée contre le Requérant, et qui a été transmise devant cette cour, en vertu du Writ de Certiorari émané en cette cause, doit être cassée pour les raisons exprimées en l'affidavit circonstancié produit en cette cause; mais comme l'offense d'assaut et batterie, dont le Requérant était accusé a réellement été prouvée devant le juge de paix, et que nous mettons au néant la condamnation rendue contre lui que par défaut de formalités, nous n'accordons aucuns frais au Requérant. Nous usons du pouvoir discrétionnaire qui nous est conféré par le statut, 18 Vic. ch. 97, §. 2; quant aux frais.

Lafrenaye & Papin, pour le Requérant.

Carter, pour l'Intimé.

P. R. L.

MONTREAL 30 SEPTEMBRE, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 204.

Mogé* vs. *Lapré & Massue, Oppt. & Mathison, Oppt.

Jugé,—1o. Que la 6e Vict. ch. 15 sec. 2 qui exempte les droits seigneuriaux de la formalité de l'enrégistrement, ne s'applique pas aux intérêts dûs sur iceux, en vertu d'une convention spéciale subséquente.

2o. Que le surplus des deniers enlevés à une partie colloquée, par la réformation d'un rapport de collocation, doit être accordé à la partie contestante au préjudice de tout autre opposant qui y a droit, mais qui n'a pas contesté.

Les biens-immeubles du Défendeur Lapré ayant été vendus par le shérif, Massue, comme seigneur de la seigneurie Bourchemin dans l'enclave de laquelle se trouve la terre vendue en cette cause, fit opposition afin de conserver sur les deniers pour être payé de certains arrérages de droits seigneuriaux constatés en partie par un acte notarié que Lapré lui avait consenti et des intérêts sur ces arrérages depuis la passation de l'obligation de Lapré reçue le 15 août 1849 pour arrérages de droits seigneuriaux.

(1) Vide *L. C. Jurist*, p. 15.

Mogé v. Lapré and Massue.

Morison, un des Opposants, contesta l'Oppposition de Massue, quoique lui Morison né fût pas colloqué et qu'il fut primé par Mogé le Demandeur qui était colloqué en partie.

La contestation de Morison portait sur deux points: 1o. que Massue n'ayant pas enregistré un sommaire d'intérêts échûs, était déchû du droit de les réclamer; (1) 2o. que la superficie du terrain n'était pas telle qu'alléguée par Massue en son Opposition et que le montant des cens et rentes devait subir une réduction, vû que la terre vendue n'avait pas 90 arpents en superficie.

Par les conclusions de sa contestation, Morison demandait la différence des deniers à être retranchés de la collocation de Massue, sur la réformation du rapport de distribution.

La contestation ayant été liée, il fut prouvé que la superficie du terrain saisi et vendu était un peu moins que celle alléguée par l'Opposant. L'obligation du 15 août 1849 n'a jamais été enrégistrée.

La cour en rendant son jugement réduisit la réclamation du seigneur suivant le nouvel état de créance qui fut produit par les parties; retrancha le montant entier des intérêts et accorda le résidû des deniers à l'Opposant Morison. (2.)

Lafrenaye & Papin, avocats de Massue.

Laframboise & Papineau, avocats de Morison.

P. R. L.

(1) Ex parte Mailloux 3. L. C. R. page 192.

(2). *Sed*, vide 5me vol. de Carré et Chauveau, les lois de la procédure civile, page 45, quest. 2566 quater.

MONTREAL, 1st OCTOBER, 1857.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE, Bart., J. C., AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

No. 174.

RYAN, (*Plaintiff in the Court below.*)

Appellant.

AND

IDLER, (*Defendant in the Court below.*)

Respondent.

Held, that a purchaser of real estate has a right to bring an action *en déclaration de Jugement Commun* against the *Cessionnaire* of his vendor, for the purpose of rendering executory against such *Cessionnaire*, the judgment he has obtained against his vendor in an action *quanto minoris*. (1)

This was an Appeal from a Judgment rendered on the 30th day of December, 1856, in the Superior Court, at Montreal, maintaining the *Défense au fonds en Droit*, fyled by the Respondent, to the Action and Declaration of the Appellant, and dismissing the Plaintiff's Action.

The Appellant instituted an Action in the Court below for the purpose of having a Judgment which had been rendered in the Superior Court, at Montreal, against one Edward Prendergast, and in favor of the Appellant, on the 15th day of January, 1856, declared obligatory and binding between the Appellant and the Respondent, in favor of the Appellant, and binding on the Respondent.

The nature of the Appellant's Action in the Court below, appears by his Declaration, by the conclusions of which he prays:—"That by the Judgment "to be rendered in this cause, the said proceedings had, and the said Judgment "rendered in said cause of the now Plaintiff, against the said Edward Prender-"gast, on the said fifteenth day of January, one thousand eight hundred and fifty-"six, be declared to have been duly notified to the said Ernest Idler, the now "Defendant; that the said Judgment be declared obligatory and binding "between the parties in this cause, in favor of the now Plaintiff, and binding "on the now Defendant; and that by said Judgment it be declared that the "now Plaintiff is entitled to deduct the amount of said Judgment, debt, interest "and costs, from the said sum so transferred to the now Defendant, and that "the said sum so transferred to Defendant, be to the extent of one hundred and "forty pounds nine shillings and three pence currency, declared to have been "and to be compensated and paid and extinguished by reason of the premises; "and the said Plaintiff be released and discharged *pro tanto* from paying the "said Defendant against said Transfer, the whole, with Costs, *Distraits*," &c.

To this Action of the Appellant, the Respondent pleaded, (besides other Pleas), a *Défense au fonds en Droit*, and prayed for the dismissal of the Appellant's Action, for the following reasons:—

"1st.—That the Judgment, in the Plaintiff's declaration alleged to have "been rendered by the said Honorable Court, on the fifteenth day of January "last, in favor of the Plaintiff, against the said Edward Prendergast, for the

(1) Vide L. C. Jurist, p. 6.

Ryan
v.
Idler.

"Plaintiff's said declaration mentioned and referred to), does not in any way "relate to or affect the said Defendant, Ernest Idler, nor is the same in any "way binding on him, nor is it so alleged in the Plaintiff's said declaration."

"2nd.—That it is not alleged, nor does it appear in or by the Plaintiff's said "declaration, that the said Ernest Idler, the Defendant, was a party to the "said cause or action in Plaintiff's declaration mentioned and referred to, in "which the said Judgment was rendered, on the fifteenth day of January last, "in favor of the Plaintiff, against said Edward Prendergast, or that the Defend- "ant was ever notified or called upon, in due form, to become a party to, or to "intervene in, or to defend the said cause or action. And it does not appear, nor "is it alleged in or by the Plaintiff's declaration, that the said Ernest Idler, the "Defendant, was ever made aware that the said action had been instituted by "the said Daniel Ryan against said Edward Prendergast, or that the same was "pending, or that he, the said Ernest Idler, was in any way interested therein, "or liable to be affected thereby."

"3rd.—That it is not alleged, nor does it appear in or by the Plaintiff's said "declaration, that the said Defendant ever had any opportunity of becoming a "party to, or of intervening in or defending the said action, in which Judgment "was rendered, on the fifteenth day of January last, in favor of the said Daniel "Ryan, against said Edward Prendergast."

"4th.—That the said Judgment, in Plaintiff's declaration mentioned and "referred to, and rendered against said Edward Prendergast, on the fifteenth "day of January last, cannot and ought not, by law, to be declared obligatory "and binding between the parties in this cause, in favor of the Plaintiff, inas- "much as the said Ernest Idler, the Defendant, is not alleged, in the Plaintiff's "said Declaration, to have been a party to, or to have intervened, or been in any "way interested in the said action or cause, in which the said Judgment was "rendered, or to have been, affected thereby."

"5th.—That it is not alleged, nor does it appear in or by the Plaintiff's said "declaration, that the Plaintiff has ever used any diligence, or taken any steps "to enforce the said Judgment against said Edward Prendergast, or to recover "the amount thereof from him; nor does it appear that the said Judgment "cannot be enforced against said Edward Prendergast, or the amount thereof "recovered from him."

"6th.—That having made his option, and taken his recourse against said "Edward Prendergast, and obtained said Judgment against him, the Plaintiff is "debarred, and cannot, and, by law, is not entitled now to demand or obtain a "Judgment for the same causes and for the same amount, against the Defend- "ant, or to have two distinct Judgments, based upon and for the same causes "and amounts, against two different parties, to wit: the said Edward Prender- "gast and the said Ernest Idler, the Defendant in this cause."

"7th.—That it appears by the Plaintiff's declaration, (even supposing that "he would otherwise have a right of action against the Defendant), that the "Plaintiff has been guilty of *laches* and negligence in not, sooner than he did, "instituting his said action against said Edward Prendergast, and in delaying to "notify and serve the said Judgment upon the said Edward Prendergast, and

"in allowing a great length of time to elapse before instituting the present "action, or notifying the Defendant of the premises."

"8th.—That it appears, by the Plaintiff's declaration, that more than eight "years had elapsed between the date of the said Deed of Sale, in Plaintiff's "declaration mentioned and referred to, from the said Edward Prendergast to "the Plaintiff, (to wit: the twenty-fourth day of August, one thousand eight "hundred and forty-seven), and the date when the said action of the Plaintiff "against the said Edward Prendergast, was made returnable and returned into "this Court (to wit: the twenty-second day of November, one thousand eight "hundred and fifty-five); and it also appears, by said declaration, that upwards "of eight years had elapsed between the said last mentioned day and the date "of the notification to the Plaintiff, of the transfer and assignment, from the "said Edward Prendergast to the Defendant, of the said sum of five hundred "pounds currency, mentioned in Plaintiff's declaration, and which, under and "by virtue of said Deed of Sale, was to be paid by the Plaintiff; that, conse-"quently, the Plaintiff was and is, guilty of great *laches* and negligence in "delaying so long to institute or urge his said claim and action against said "Edward Prendergast, or his present action and *Demande* against the Defend-"ant in this cause, and he ought not to have obtained the said Judgment, (in "Plaintiff's said declaration mentioned and referred to), against said Edward "Prendergast, and he cannot and is not entitled now to urge his present action "and *Demande* against the Defendant, or to obtain the conclusions of his, the "Plaintiff's said declaration."

"9th.—That it appears, by the Plaintiff's said declaration, that the Plaintiff "paid to the Defendant divers large sums of money, on account of the said sum "of five hundred pounds so transferred, to wit; the whole of the said sum so "transferred, save and except the sum of one hundred and forty-two pounds ten "shillings and four pence; and the Plaintiff did thereby acquiesce in and wave "any objections which he might have had to the said transfer, from the said "Edward Prendergast to the Defendant, or to the said Deed of Sale; and he "is now debarred from objecting to the same, or from seeking to be released "from the payment of the balance due to the Defendant."

"10th.—That it is not alledged, nor does it appear in or by the Plaintiff's "declaration, that the Defendant has acted in bad faith towards the Plaintiff, "or that he, the Defendant, at any time knew, or ever was aware of the said "pretended deficiency in the said first mentioned lot, of nine arpents and sixty-"two perches, alleged in Plaintiff's declaration."

"11th.—That the Plaintiff hath no right or cause of action, in law, against "the Defendant, for or by reason of the allegations, matters and things set "forth in his, the Plaintiff's, said declaration."

"12th.—That the conclusions of the Plaintiff's said declaration are not "warranted by, nor do they legally flow from the allegations contained in said "declaration."

The Court below, composed of Day, Smith, and C. Mondelet, Justices, maintained the *Défense au fonde en Droit* of the Respondent, and dismissed the Appellant's Action, as follows:—

Ryan v. Idler.

"The Court having heard the parties by their counsel upon the *Défense en* "*Droit*, of the Defendant to the Action of the Plaintiff, having examined "the Declaration and the pleadings in this cause, and having deliberated, "considering that the Plaintiff hath not by reason of the allegations in his "Declaration in this cause, and by law, any right to implead the Defendant for "the purpose of causing the Judgment therein set forth, to be declared "obligatory against him, inasmuch as the said Judgment hath not, and cannot "by Law, have the character or effect of a Judgment rendered against the "Defendant, the *Cessionnaire* and representative *à titre singulier*, of Edward "Prendergast, in the said Declaration mentioned, maintaining the said *Défense* "*en Droit*, doth dismiss the Action of the Plaintiff with costs, *distraits*," &c.—(Mr. Justice Smith dissenting.)

Sir L. H. Lafontaine, Bart. C. J.—Le 24 août 1847, le nommé Prendergast vend un immeuble à l'Appelant pour le prix de £800 dont la balance, formant £500, fut transportée par le vendeur à l'Intimé le 17 novembre suivant, et ce transport signifié à l'Appelant.

Plus tard, l'Appelant découvrant un défaut de contenance, dirige contre Prendergast une action en diminution du prix et en dommages-intérêts, sur laquelle action intervient, le 15 janvier 1856, un jugement de la Cour Supérieure à Montréal, qui constate qu'en effet il y avait un déficit de 7 arpents et 80 perches, et qui en conséquence condamne Prendergast à payer à l'Appelant, à défaut de mettre celui-ci, sous 15 jours, en possession de tout le terrain déclaré au contrat, une somme de £125 16s 6d, savoir : £85 16s 6d pour la valeur du déficit, et £40 pour dommages-intérêts avec les dépens de l'action. Le jugement déclare en même temps que la susdite somme de £85 16s 6d sera déduite de la balance qui pouvait alors être due à Prendergast, sur le prix de vente.

Aujourd'hui, l'Appelant se pourvoit contre l'Intimé par la voie d'une action qui est de la nature d'une "demande en déclaration de jugement commun," et à laquelle l'Intimé oppose une *Défense au fonds en droit*. Les raisons assignées à l'appui de cette défense, quoique s'élevant au nombre de douze, peuvent néanmoins se résumer ainsi : Qu'aux termes de sa déclaration, l'Appelant ne fait pas apparaître qu'il ait réellement un droit d'action contre l'Intimé, principalement parce qu'il n'y est pas allégué que ce dernier ait été partie dans l'instance contre Prendergast.

Cette *défense en droit* a été accueillie par la majorité des juges de la Cour Supérieure, et l'Appelant débouté de son action ; "considering," est-il dit dans le jugement, "that the Plaintiff hath not by reason of the allegations in his declaration in this cause, and by law, any right to implead the defendant, for the purpose of causing the judgment therein set forth to be declared obligatory against him, in as much as the said judgment hath not, and cannot, by law, have the character or effect of a judgment rendered against the defendant, the *Cessionnaire* and representative, *à titre singulier*, of Edward Prendergast."

C'est justement pour la raison donnée dans ce jugement, savoir ; que le jugement prononcé contre Prendergast seul, n'a pas l'effet d'un jugement rendu contre l'Intimé, que l'Appelant a eu recours à la présente action. Le but de la procédure actuelle est de donner effet à ce jugement, en autant que l'Intimé

Ryan
v.
Idler.

peut en subir l'exécution *par contre-coup*. L'Appelant ne prétend pas que la condamnation contre Prendergast emporte, par elle-même, *chose jugée* contre l'Intimé, de telle sorte que celui-ci sans mot dire, doive souffrir qu'elle soit exécutée à son préjudice, sans avoir l'occasion de faire valoir, contre la présente demande, tous les moyens, toutes les exceptions, qu'il aurait pu lui-même valablement invoquer contre la première action, s'il fût intervenu, soit volontairement, soit forcément dans l'instance à laquelle a donné lieu cette action. Non. Mais ce qu'il prétend, c'est que l'Intimé, étant devenu, comme cessionnaire de Prendergast, le créancier de la balance du prix de vente en question, est lié vis-à-vis de lui, l'Appelant, par suite des mêmes causes d'action qui ont amené la condamnation contre Prendergast, à ce point qu'il doit être tenu de subir, sur la somme qui lui a été cédée, la diminution de prix dont il s'agit.

L'Appelant admet bien que, jusqu'à présent, en ce qui regarde le cessionnaire, le jugement du 15 janvier 1856, qui adjuge, en sa faveur, cette diminution du prix, est *res inter alios judicata ;* mais il dit à ce cessionnaire, l'Intimé : " Cette condamnation procède valablement contre votre cédant ; lorsque je la poursuivais contre celui-ci, j'avais le droit de la faire prononcer également contre vous, si je vous eûsse fait intervenir dans l'instance, ce que j'aurais pu faire. Mais ce que je n'ai point fait alors, j'ai le droit de le faire aujourd'hui, en dirigeant contre vous une demande *en déclaration de jugement commun.*"

On ne peut pas nier que le défaut de contenance donne lieu à une diminution du prix de vente, diminution que l'on peut demander, soit par action, soit par exception. L'origine de cette demande remonte au contrat de vente. C'est dans la garantie à laquelle est tenu le vendeur, résultant de son obligation de livrer à l'acheteur toute la chose vendue, que le droit d'action en désistement ou diminution du prix, prend sa source. Si Prendergast, au lieu de faire cession à l'Intimé, eût lui-même poursuivi l'Appelant en paiement de la somme cédée, nul doute que ce dernier n'eût eu le droit de lui opposer, par exception, le déficit dans la contenance déclarée au contrat.

Or, c'est un principe incontestable que le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant, à moins que, par un acte de sa part, il n'y eût renoncé, expressément, ou tacitement, au profit du premier. Une exception assez ordinaire en pareil cas, est celle qui résulte de la compensation. " Comme le cessionnaire, dit Pothier, (traité sur le contrat de " vente, No. 558), même après la signification du transport, n'est que le man- " dataire, quoique *in rem suam*, du cédant, en la personne de qui, dans la vérité " réside la créance, le débiteur peut opposer au cessionnaire la compensation de " tout ce que lui devait le cédant avant la signification du transport."

La diminution de prix, qui peut être demandé à raison du défaut de contenance, est une dette dont le vendeur est passible dès l'origine, dès le moment de la vente même. Elle constitue donc, au profit de l'acheteur, une créance qu'il peut offrir en compensation à l'encontre de son vendeur, lorsque celui-ci lui demande le prix convenu de la vente. Ce dernier peut lui dire, lorsqu'il y a déficit dans la contenance ; je ne vous doit [illegible] ne vous ai jamais dû, *pro tanto* ; ce qui revient, pour ainsi dire, à la même chose. Dans ce dernier cas, si, *pro tanto*, il n'est rien dû au vendeur, il n'est, de même, rien dû au cessionnaire.

Ryan v. Idler.

Car celui-ci ne peut pas avoir plus de droits contre l'acheteur qu'en avait le vendeur. Par contre-coup, l'action, ou l'exception, en désistement ou diminution du prix de vente, qui atteint le vendeur cédant, doit atteindre le cessionnaire.

Celui-ci, devenu propriétaire ou créancier du prix de vente, ayant, comme tel, des droits à exercer contre l'acheteur, a donc un intérêt réel dans la contestation qui peut surgir entre cet acheteur et son vendeur, à l'occasion du défaut de contenance. Cet intérêt suffit, pour qu'à sa propre demande, il soit admis à intervenir dans l'instance engagée par l'acheteur avec le vendeur, et cela, pour contester les prétentions de cet acheteur, son débiteur en conséquence de la signification de son transport. Pour la même raison, le débiteur qui est exposé à l'action du cessionnaire en paiement du prix de vente cédé, a intérêt de le faire intervenir dans une instance qu'il engage avec le cédant, en désistement ou diminution du prix de vente, afin que le différend qui donne lieu à la contestation, soit jugé avec le cessionnaire en même temps qu'avec le cédant, puisque la condamnation contre ce dernier doit nécessairement rétroagir contre le premier. L'Appelant pouvait donc mettre le cessionnaire en cause, dans la première instance, afin que le jugement qu'il devait obtenir fût *commun* et au cédant et au cessionnaire. Ce droit qu'il n'a pas jugé à propos d'exercer alors, la loi lui permet de l'exercer aujourd'hui par une " demande en déclaration de jugement commun, " sauf à subir l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges quant aux [illegible] lorsque, sans nécessité, on multiplie les actions.

La " demande en déclaration de jugement commun, " est bien connue dans notre droit ; et [illegible] que le nouveau code français ne prescrive rien à cet égard, elle n'en continue pas moins d'être reconnue et exercée en France.

" Le code, " dit Bioche, Dict. de proc. au mot *jugement commun*, No. 1. ne " parle dans aucun article de l'action en déclaration du jugement commun ; " mais elle est fondée sur la nature même des choses, et admise par la jurisprudence.

" No. 2. Il y a lieu d'assigner un tiers en déclaration de jugement commun, " toutes les fois qu'il a un intérêt semblable et identique à celui d'une autre " partie, et qu'il pourrait former tierce opposition au jugement rendu contre " cette partie.

" No. 3. La demande en déclaration de jugement commun peut avoir lieu " par rapport à un jugement à intervenir, ou par rapport à un jugement rendu.

" No. 4. Dans le premier cas, elle a pour objet de contraindre le tiers à in- " tervenir dans l'instance pendante entre deux ou plusieurs personnes, afin que " le jugement étant rendu contre lui, il ne puisse plus, dans la suite, l'attaquer " par la voie de la tierce-opposition. Elle prend le nom d'intervention forcée.

" No. 5. Dans le second cas, elle a pour objet de faire prononcer qu'un juge- " ment rendu entre deux personnes aura effet contre un tiers, de même que si " ce tiers y avait été partie. "

Enfin, tous les énoncés de la déclaration du demandeur, faisant apparaître, à mon avis, d'un droit d'action qu'on ne saurait méconnaître, et étant *suffisants*, s'ils sont prouvés, pour justifier les conclusions prises par l'Appelant " en déclaration de jugement commun, " je ne peux pas concourir dans le jugement de la cour de première instance, qui maintient la *défense au fonds en droit.*

The judgment is motivé as follows :

" La Cour : J. Considérant qu'il est allégué, dans la déclaration du demandeur (Appelant), que le 24 août 1847, le nommé Prendergast a vendu à l'Appelant l'immeuble dont il s'agit, pour le prix et somme de £[illegible] courant, que le 17 novembre suivant, la balance de ce prix formant [illegible] £[illegible], dit cours, a été transportée par le vendeur à l'Intimé, et le tr[illegible]pelant ; que plus tard ce dernier, découvrant un défaut de co[illegible]rig[illegible]contre le dit Prendergast une action en désistement ou dimi[illegible]de vente et en dommages-intérêts ; que, sur cette action, il e[illegible]anvier 1856, un jugement de la Cour Supérieure, à Montréal, [illegible] qu'il y avait un déficit de sept arpents et quatre-vingt perches, et qu[illegible]quence elle condamne Prendergast à payer à l'Appelant, les sommes de deniers portées au dit jugement et ce à raison du dit déficit :

2. Considérant que la diminution de prix, qui peut être demandée à raison du défaut de contenance, est une dette dont le vendeur est passible, dès le moment de la vente ; et qu'elle constitue, au profit de l'acheteur, une créance qu'il peut faire valoir ; que l'action ou l'exception, en désistement ou diminution du prix de vente, qui, en pareil cas, atteint le vendeur cédant, doit en même temps atteindre son cessionnaire ;

3. Considérant que dans une instance engagée avec le vendeur cédant, en désistement ou diminution de prix, comme susdit, l'acheteur a le droit de faire intervenir le cessionnaire, afin que le différend soit jugé avec celui-ci en même temps qu'avec son cédant, puisque la condamnation contre l'un doit nécessairement rétroagir contre l'autre ;

4. Considérant, par conséquent, que l'Appelant pouvait, dans la première instance introduite par lui contre Prendergast, mettre en cause l'Intimé, afin que le jugement qu'il devait obtenir, fût *commun* et au cédant et au cessionnaire ; considérant que ce droit qu'il n'a pas jugé à propos d'exercer alors, la loi lui permet de l'exercer aujourd'hui par une " demande en déclaration de jugement commun, " laquelle demande étant celle qui est formée par la présente action, est une demande bien fondée et procède valablement contre l'Intimé ;

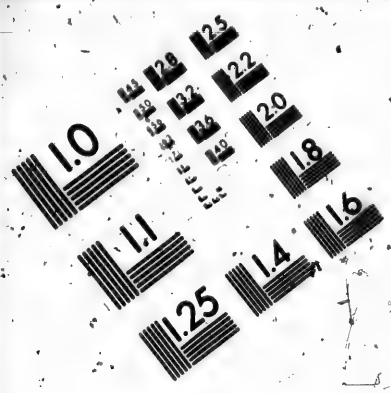
5. Considérant, par conséquent, que la *défense au fonds en droit*, qui a pour objet de nier la validité d'une telle demande, est mal fondée, et que, par le jugement qui a accueilli cette défense, et débouté l'Appelant de son action, il y a eu mal jugé ;

Infirme le susdit jugement, savoir le jugement rendu par la Cour Supérieure, siégeant à Montréal, le trentième jour de décembre 1856, avec dépens contre l'Intimé sur le présent appel ; et cette cour, procédant à rendre le jugement que la dite Cour Supérieure aurait dû rendre, déboute la dite défense au fonds en droit, avec dépens contre l'Intimé ; et ordonne que le dossier soit remis à la dite Cour Supérieure, siégeant à Montréal."

Judgment reversed.

A. & G. Robertson, Attornies for Appellant.
Monk & Macrae, Attornies for Respondent.

P. R. L.



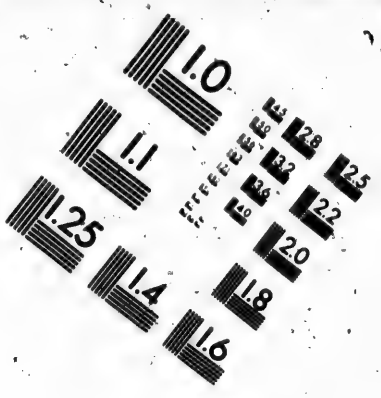
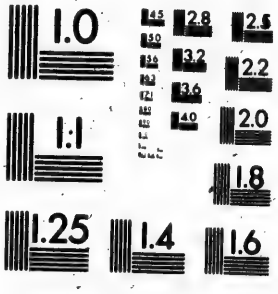
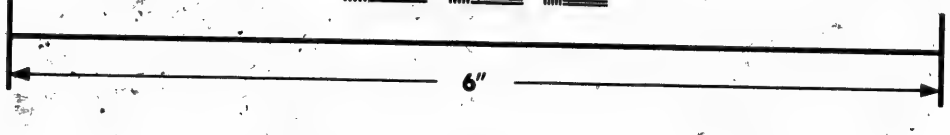


IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)





Photographic Sciences Corporation

23 WEST MAIN STREET
WEBSTER, N.Y. 14580
(716) 872-4503

MONTREAL, 30 SEPTEMBRE 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 2219.

Mongeon & Ux., v. *Turenne dit Blanchard.*

Jugé:—Que la péremption d'instance doit être accordée avec dépens.

Le Demandeur en cette cause fit motion le 17 Septembre 1857, pour péremption d'instance suivant la pratique ordinaire suivie en pareil cas. Cette motion ayant été contestée par les demandeurs, fut prise en délibéré.

Le 30 du même mois, la cour accorda la motion avec dépens.

T. J. J. Loranger, pour les Demandeurs.

Lafrénaye & Cressé, pour le Défendeur.

MONTREAL, 30 SEPTEMBRE 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 720.

Chapman v. *& Aylen.*

Jugé:—Que la péremption d'instance doit être accordée sur le certificat du greffier, de la cessation de toute procédure depuis plus de trois ans, extrait des régistres de la Cour; nonobstant la non-production d'une partie du dossier qui est adirée, et ce avec dépens.

Lorsque le Défendeur en cette cause fit motion pour péremption d'instance, le Demandeur s'y objecta, en alléguant que certains exhibits du Demandeur qui formaient partie du dossier n'étaient pas devant la cour, étant adirés depuis un certain laps de temps; que le Demandeur n'avait pu procéder par suite de l'absence de ces papiers qui étaient très importants, que la perte de ces papiers avait arrêté le cours de la péremption et que la Cour ne pouvait accorder la motion, 3 Carré et Chauveau, page 395., quest. 1420.

Le Défendeur produisait le certificat ordinaire du greffier tiré des régistres de la Cour.

La Cour en accordant la motion, a maintenu le principe qu'il lui suffit d'avoir le certificat du greffier, sans être tenu d'examiner le dossier et que la péremption est acquise dans un cas semblable. La péremption fut déclarée acquise avec dépens.

Bethune & Dunkin, avocats du Demandeur.

R. & G. Laflamme, avocats du Défendeur.

MONTREAL, 30 SEPTEMBRE 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 1525.

Gore, v. *Gugy.*

Jugé:—Que la péremption d'instance doit être accordée avec dépens.

En cette cause, le demandeur prétendit: que la péremption ne devait pas être accordée avec dépens et à l'appui de sa prétention, il cita les autorités suivantes:

Pothier, T. 7, p. 87.
Ancien Denisart, Vo. Péremption, No. 12.
Lamoignon, T. 2, p. 215.
Carré & Chauveau, T. 3, p. 442, sur l'art. 401.
St. Prix, Proc. civile, p. 352.
Rapport des décisions du B. C., T. 6, p. 97.

Gore v. Gugy.

Day, J. La pratique dans le District de Montréal a toujours été d'accorder la péremption d'instance avec dépens et nous devons en accorder les dépens au Défendeur.

Cherrier, Dorion & Dorion, pour le Demandeur.
E. Carter, pour le Défendeur.
P. R. L.

MONTREAL, 30 NOVEMBRE, 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., C. MONDELET, J.

No. 909.

Joseph v *Ostell.*

RAPPORT D'ARBITRES.

Jugé;—Qu'un Rapport d'arbitres ne peut être attaqué par la preuve testimoniale; lorsque par lui-même il est concluant.

Le Demandeur par cette action alléguait l'existence d'un rapport d'arbitres rendu en sa faveur et basé sur un compromis passé entre lui et le Défendeur.

Par ses exceptions le Défendeur alléguait entr'autres nullités à l'encontre de ce rapport; que les arbitres avaient refusé d'entendre ses témoins et qu'une injustice manifeste avait été commise envers lui en conséquence de ce refus.

A l'enquête le Défendeur produisit un des arbitres pour administrer devant la Cour la preuve de cet allégué; mais le Demandeur s'y étant objecté et le juge président aux enquêtes ayant maintenu l'objection, la question fut plaidée devant la Cour sur la motion du Défendeur.

Ramsay pour le Demandeur cita:
Prost de Royer, Vo. arbitre, p. 79 & 80.
Lib: IV T. 8, L. 19, § 2, D. Receptis.
Lib: XI T. 1, de rejudicatâ.
Caldwell p. 77, Gordon v Mitchell, p. 100 & 111.
3 Moore, p. 241.
Strange, p. 646.
No. 138, Queen's Bench, Dole v. Dole.
Mackay, contra.

Per Curiam.—Il est hors de doute que la décision rendue par le juge aux Séances d'Enquêtes sur la difficulté maintenant soumise à la Cour, est correcte et légale.

La partie qui a succombé sur un arbitrage n'est pas recevable à en attaquer la validité par une preuve orale. Ce rapport d'arbitres est concluant; il constate que les arbitres ont entendu les témoins des parties; en sorte que l'authenticité qu'il comporte ne peut pas être détruite par une simple preuve contraire.

David & Ramsay, pour le Demandeur.
Mackay & Austin, pour le Défendeur.

(P. R. L.) Motion rejetée.

MONTREAL, 30TH MAY, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET (C.) J.

No. 281.

Wilson v. Morris and Ravaria Plaintiff par reprise d'instance.

Held, that in an action of damages for personal wrongs, instituted in the Superior Court, where judgment is rendered for £10 and costs, the costs are taxed as in a judgment for that amount in the Circuit Court.

The facts of this case have already been stated at page 237 of the Lower Canada Jurist. The Plaintiff having brought his action of damages for £1,000 for personal wrongs, and obtaining judgment for £10 and costs in the Superior Court, had his bill of costs taxed by the prothonotary against the Defendant, according to the tariff of the lowest class of actions in the Superior Court.

Torrance, for the Defendant moved the Court in the succeeding term (May 1857) to have the taxation revised and set aside on the ground that by the Statute 12 Vic., c. 38, sec 82, if the amount recovered be such that it might have been recovered in any inferior Court, the plaintiff should recover such costs only as he would have recovered if the suits had been brought in such inferior Court, unless the Court in which the suit was brought should order otherwise; that the judgment of the Court did not order otherwise; and further more that the tariff of the Superior Court, (18) provided that in actions of damages for personal wrongs (excepting in actions in which the Court or Jury shall find the damages to be under forty shillings sterling) the costs to be taxed as of the class to be determined by the final judgment.

Lafrenaye, contra.

Day, J., the motion must be granted.

Lafrenaye & Papin, for Plaintiff.

Torrance & Morris, for Defendant.

(F. W. T.)

CAUSES DÉCIDÉES AVANT LA FONDATION DE CE RECEUIL. (P. R. L.)

MONTREAL, 23 JUILLET 1848.

BANC DE LA REINE.

Coram ROLLAND, C. J., DAY, J., SMITH, J.

No. 806.

Gale v. *Griffin, Cur. & Gale Oppt. & Sewell, Oppt.*

QUESTION D'ENREGISTREMENT.

Jugé:—Que l'enregistrement d'un acte durant la saisie réelle de l'héritage hypothéqué ne confère aucun droit d'hypothèque sur icelui au préjudice des autres créanciers non inscrits.

Gerrard, un des Opposants sur le produit de certains immeubles situés dans les comtés de Drummond et Sherbrooke en franc et commun soccage, vendus par le shérif en 1835, réclamait un droit d'hypothèque remontant à la date de son obligation, 19 mars 1818, par suite de son enregistrement fait le 25 février 1835, à l'encontre de Sewell l'autre Opposant dont l'hypothèque était de même date.

Sewell contestait cette réclamation sur le principe que par la 10e et 11e Geo. 4 chapitre 8 § 2, il est statué, "que tout titre emportant hypothèque sur des "terres tenues en franc et commun soccage devait être enrégistré dans les 12 mois

" pour conserver le droit hypothécaire," et que le titre de Gerrard n'ayant pas été enrégistré dans les délais de la loi, ce dernier ne pouvait aucunement le primer. L'Opposant Gerrard invoquait en sa faveur la 9ème Geo. 4, chapitre 77, et la cause de Paterson v. McCallum, Stuart's Reports, p. 429. Gale & v. Griffin.

Le jugement de la Cour qui est intervenu sur cette contestation énonce un principe que les parties n'avaient pas avancé dans leur contestation écrite: c'est qu'aucune hypothèque ne peut être acquise sur un bien lorsqu'il est dans la main de la justice et qu'il a été vendu en conséquence. Voici les considérants du jugement: "The Court having heard the parties and considering that the " said Samuel Gerrard * (& al.,) have not by means of the enregistration of their " title of debt after the taking in execution of the lands sold by the sheriff, " acquired an *hypothèque* so as to give them a preference over the other credi- " tors, it is adjudged that their claim of preference be and the same is dismissed " &c., leaving the parties to rank on the monies levied as they would previous to " the said enregistration."

Buchanan & Andrews, pour Gerrard.

F. Griffin, pour Sewell.

NOTE.—Autorités citées par la Cour:—Rep. de Guyot vo. Saisie réelle. Vente d'immeubles par de Héricourt. Pigeau, procédure civile.

BANC DE LA REINE.

MONTREAL, 16 AVRIL 1849.

Coram ROLLAND, C. J., DAY, J., SMITH, J.

No. 2121.

Lefebvre, & Ux. v. *Boyer.*

Jugé:—Que dans une demande pour complément de la légitime, il faut tenir compte des charges auxquelles les biens donnés étaient assujettis.

La déclaration des Demandeurs allègue les fait suivants:

1o. Mariage entre Joseph Boyer et Marie M. Goyer le 1er octobre 1781.

2o. Qu'avant et pendant leur mariage ils avaient acquis des biens considérables.

3o. Que de leur mariage sont nés deux enfants le Défendeur et Marie M. Boyer.

4o. Que la Demanderesse est la fille de la dite Marie M. Boyer mariée à Jean Dabin et sa seule héritière et qu'elle a marié le Demandeur.

5o. Que les père et mère du Défendeur sont décédés laissant pour leurs héritiers le Défendeur et la Demanderesse leur petite fille.

6o. Que de leur vivant ils avaient disposé par donation entre vifs au profit du Défendeur le 30 juillet 1825, de la plus grande partie de leurs biens y-énumérés.

7o. Que si les dits père et mère du Défendeur n'eussent pas disposé de la plus grande partie de leurs biens-meubles et immeubles par des actes entre vifs et notamment par cette donation, la masse de leurs biens à leur décès, se serait montée au moins à la somme de 26,895 frs., en sorte que la Demanderesse venant à leur succession par représentation de sa mère aurait dû avoir pour sa part héréditaire 13,447 frs. 10 sols et le Défendeur pareille somme.

* Sic.

Lefebvre v. Boyer.

8o. Que ses ayeux n'ont donné par actes entre vifs à sa mère que la valeur de 425 frs.

9o. Que la Demanderesse n'a rien reçu de leurs successions qui se trouvent épuisées par les donations qu'ils ont faites au Défendeur.

10o. Que la Demanderesse serait bien fondée à avoir le complément de la légitime que la loi lui accorde sur leurs biens, laquelle légitime consisterait en la somme de 6,723 frs. 15 sols., ancien cours étant la moitié de celle de 13,447 frs., 10 sols., ancien cours, sa part héréditaire; et qu'il convient de déduire 424 frs., ancien cours, ce qui laisse 6,298 frs. 15s. ou £262 8s 11½ courant; conclusions pour cette dernière somme avec intérêt du décès de ses ayeux; si mieux n'aime le Défendeur venir à un compte et partage tant des biens délaissés par ses père et mère que de ceux par eux donnés, et alors payer aux demandeurs la part qui se trouvera leur revenir pour la légitime de la Demanderesse; auquel compte et partage il sera tenu de faire rapport de tout ce qu'il a reçu en avancement d'hoirie.

Le Défendeur par sa première exception prétend: que la mère de la Demanderesse a reçu beaucoup plus que sa légitime;—par sa seconde exception: que la donation du 30 juillet 1825 était une véritable vente par les charges qu'elle lui imposait, qu'il n'a reçu en tout que £580 12s. 6d., et que la mère de la Demanderesse a reçu £854 1s. 8d. en sorte que la légitime étant le quart de ces deux sommes réunies, savoir: £358 13s. 6¼d; il s'ensuit que la Demanderesse a reçu au-delà de sa légitime et est mal fondée en sa demande.

Des experts ayant été nommés pour constater les faits avancés de part et d'autre par les parties; firent un rapport favorable aux prétentions du Défendeur; qui fut homologué le 14 avril 1847.

Les parties ayant ensuite été entendues au mérite, le jugement de la Cour débouta les Demandeurs de leur action en ces termes: "La Cour..... vû le "rapport des experts homologué le 14 avril 1847; considérant que la donation "faite au Défendeur de l'immeuble par acte du 30 juillet 1825, était plus onéreuse que profitable, à raison des charges auxquelles il s'était assujetti, et qu'il "ne doit pas être obligé de faire rapport à partage de la valeur de cet immeuble "et que la Demanderesse faisant rapport de ce que sa mère avait reçu en donation, comme aussi le Défendeur de ce qu'il a eu et touché dont il serait tenu "de faire rapport, il paraît que la Demanderesse n'a aucune réclamation à faire "pour légitime dans la succession de ses ayeux maternels, a débouté et déboute "les Demandeurs de leur action avec dépens."

Cherrier & Lorion, pour les Demandeurs.

Moreau & Leblanc, pour le Défendeur.

MONTREAL, 25 OCTOBRE 1848.

Coram ROLLAND, J. C., DAY, J., SMITH, J.

No. 935.

Boucher vs. *Forneret.*

Jugé:—que l'acquéreur à TITRE SINGULIER ne peut pas expulser le locataire sans notification préalable (1).

Le Demandeur ayant acquis le 24 avril, 1847, par acte notarié à *titre singulier* la terre que le Défendeur possédait alors comme le fermier des vendeurs, Sarah Taylor et al., poursuivit le Défendeur par action pétitoire signifiée le 10 juin 1847, pour obtenir la possession immédiate de cette terre.

Le Défendeur plaida à cette demande: qu'ayant loué cette terre des vendeurs du Demandeur pour la durée de 5 ans à compter du 1er mai 1844, à raison de £30 par an, il devait être notifié à la St. Jean, qui est le 24 juin, ou au moins à la St. Pierre, qui est le 29 Juin, c'est-à-dire le 24 ou le 29 juin 1846, pour le priver de la jouissance de l'année courante. Que n'ayant reçu aucun congé, il avait fait les travaux d'usage pour l'année courante, et que conséquemment il avait le droit de jouir de la terre pour l'année courante. Le Défendeur avait encore plaidé une autre exception par laquelle il prétendait que l'action aurait dû être pour la résiliation du bail et qu'il ne pouvait pas être expulsé sans une indemnité qu'il portait à £75. Des admissions furent données établissant la possession du Défendeur comme fermier depuis le 1er mai 1844, "que c'est "l'usage général dans le Bas-Canada que les locataires de fermes ou métairies "donnent congé à leurs locataires avant la St. Jean, ou au plus tard avant la St. "Pierre, lorsque les baux ne spécifient pas l'époque à laquelle ils doivent expi- "rer, ou lorsqu'ils ont été continués par tacite reconduction ou chaque fois "qu'un locateur veut en expulser son fermier ou locataire avant l'expiration du "terme convenu par le bail afin que le fermier ou locataire permette au loca- "teur ou au nouveau locataire de faire les travaux l'automne suivant, et qu'il "commence à jouir de la maison et des bâtiments le premier mai suivant."

Le Demandeur dans ses réponses sur faits et articles reconnut qu'il avait offert £50 au Défendeur pour la résiliation de son bail pour les années 1848 et 1849.

Le Demandeur produisit à l'enquête une copie de la notification qu'il avait fait signifier au Défendeur le 15 mai 1847, pour l'informer de son acquisition par la signification qu'il lui fit faire d'une copie de l'acte de vente du 24 avril 1837.

Le jugement de la Cour est comme suit:

"La Cour,... considérant que l'action du Demandeur au pétitoire contre le "Défendeur qu'il savait posséder la terre en question, en vertu d'un bail à ferme

(1) *Vide* Pothier, Louage, No. 292 et 297. "Notre principe souffre une cinquième limi- "tation qui est que le successeur *à titre singulier* qui n'a pas été chargé de l'entretien "du bail, doit du moins laisser jouir le fermier ou locataire *pendant l'année courante* en "se contentant de la ferme ou loyer et ne pas l'expulser en sur-terme."

Vide 2. L. C. Reports, page 447, Sed Contrà, Bonner on Registry Laws, page 22, No. 27.

Vide No. 2544, Mountain v Léonard, rapporté ci-après, page 272.

Boucher v. Forneret.

" de ses vendeurs était mal fondée, comme les conclusions prises en sa déclaration, et que le Défendeur avait le droit de retenir possession en vertu du dit bail jusqu'à l'expiration d'un terme, c'est-à-dire de l'année courante, que les exceptions du Défendeur plaidées à cet égard sont bien fondées en droit, a débouté et déboute le Demandeur de son action avec dépens, sauf tel autre recours que de droit."

Montizambert et Hartley, pour le Demandeur.

Cherrier et Dorion, pour le Défendeur.

COUR SUPERIEURE.

MONTREAL, 14 JANVIER, 1850.

Coram DAY, J., SMITH, J., VANFELSON, J.

No. 566.

Turgeon v. Hogue et al.

Jugé;—Que la signification des interrogatoires sur faits et articles faite au domicile du Défendeur est suffisante et n'a pas besoin d'être faite à sa personne, si le writ d'assignation lui a été signifié personnellement.

Cette cause fut rapportée le 2 juillet 1849. La signification du bref et de la déclaration avait été faite le 18 juin 1849, aux Défendeurs personnellement; les Défendeurs firent défaut.

Pour prouver certains faits allégués dans la déclaration du Demandeur, ce dernier fit émaner une règle pour interroger les Défendeurs sur faits et articles, qui leur fut signifiée avec les interrogatoires le 19 Décembre 1849, savoir: à l'un d'eux personnellement et au domicile de l'autre; et lors de son rapport, ils furent appelés pour y répondre et firent encore défaut. Ces interrogatoires furent tenus pour confessés par la Cour qui rendit jugement en faveur du Demandeur contre les deux Défendeurs en ces termes: "La Cour considérant que les Défendeurs ont négligé de comparaître et de répondre aux interrogatoires sur faits et articles à eux dûment signifiés, déclare les dits faits et articles pour avérés et reconnus, en conséquence, etc.

Lafontaine et Berthelot, pour le Demandeur.

Vide Massue v. Chaussée B. R., et Hinchliffe v. Gordon, T. Inf., décidé le 9 Décembre 1847.—Rolland, J.

COUR DE CIRCUIT.

MONTREAL, 30 JUIN, 1851.

Coram BRUNEAU, J. C., ECR.

No. 1060.

Malo, Demandeur, v. *Adhémar, Défendeur, et la Banque du Peuple*, T. S.

Jugé;—Que le salaire d'un commis, non-échu au jour de la signification de la saisie-arrêt, est insaisissable.

Le Demandeur ayant fait émaner une saisie-arrêt après jugement pour saisir tout le salaire que gagnait le Défendeur à la Banque du Peuple comme commis, et la déclaration de la banque faisant voir qu'à l'époque de la significa-

tion du writ, elle ne lui devait que £7 5s.; mais qu'elle lui devait une somme beaucoup plus forte le jour auquel cette déclaration fut faite;—le Défendeur contesta au Demandeur le droit d'obtenir au-delà de la dite somme de £7 5s., prétendant que le surplus était insaisissable parce qu'il n'était pas échu lors de la signification du writ de saisie. Male v. Adhémar.

Vide Anc. Dénisart Vo., gages, No. 11, Vo. saisie-arrêt, No. 28, "que les "gages des domestiques sont saisissables quand ils sont échus," et No. 30.

Le jugement de la cour est motivé comme suit:

"La Cour, parties ouies sur les réponses en droit filées par le Demandeur aux "exceptions péremptoires filées par le Défendeur; considérant que les salaires "du Défendeur pouvaient être saisis quant à ce qui en était échu lors de la "signification du bref de saisie-arrêt émané en cette cause; et considérant que "ceux qui n'étaient pas échus alors ne pouvaient être saisis et arrêtés en vertu "du dit bref, les dits salaires n'étaient pas encore alors dûs;... a débouté les "réponses en droit aux exceptions du Défendeur."

P. R. Lafrenaye, pour le Demandeur.

Cherrier et Dorion, pour le Défendeur.

COUR SUPÉRIEURE.

MONTREAL, 20 AVRIL, 1853.

Coram DAY, J., Smith, J., Mondelet, J.

No. 901.

Délard v. Paré et Ux.

Jugé; que la loi *cum notissimi* ne fait pas partie de notre Droit.

L'action du Demandeur, signifiée le 1er avril 1852, était dirigée contre les Défendeurs tant personnellement comme légataires universels de feu Félix Vinet dit Souligny, qu'hypothécairement comme détenteurs et possesseurs d'un immeuble vendu à ce dernier par le père du Demandeur pour la part héréditaire de ce dernier dans le prix de vente de cet immeuble. Le contrat de vente avait été passé le 4 Mai 1811, par Mtre. Ls. Guy, N.P., et le prix était payable aussitôt le décès de François Délard, qui eut lieu le 19 Janvier 1820.

Joseph Délard, le Demandeur, était représenté par son curateur, vû son absence de cette province, non-interrompue depuis et même avant le décès de son père.

A cette demande les Défendeurs opposèrent la prescription de 30 ans, et prétendirent que, nonobstant que le Demandeur avait joint l'action hypothécaire avec la personnelle, la prescription trentenaire avait eu l'effet d'éteindre la demande.

Dorion, pour le Demandeur, cita les autorités suivantes:

Despeisses, T. 1, p. 84, 2nd col.
Dunod, des Prescriptions, p. 208.
Pothier, Traité des Hypothèques, T. 5, p. 472 et 473.
Guyot, Rép., *verbo* Hypothèques, T. 8, 667.
Bretonnier, Quest. de Droit, T. 2, p. 241.
Basnage, Traité de l'Hypothèque, p. 95.

Delard
v.
Paré et Ux.

Argou, de la Prescription.
Ferrière, G. C. T. 2, p. 382, No. 7.
Loisel, T. 2, p. 78, règle 10.
Le Maître, p. 164.
Bacquet, Droits de Justice, ch. 21, No. 78 et suivants.
Laurière, T. 1, p. 356.
Bourjon, T. 2, p. 565.;
Cite Duplessis, Le Brun, Basset et Bacquet.
Denisart (ancien) *verbo* Prescription, Nos. 61 et 62.
Rousseau de Lacombe, *verbo* Prescription, §. 2, No. 1.
Merlin, Rep., *verbo* Hypothèque, sect. 1 § XIII.

T. Peltier, pour les Défendeurs, prétendit que tous les arrêts rendus sur la matière avant l'année 1663, époque de la création du conseil supérieur de Québec, rejettaient la loi *cum notissimi* et ne reconnaissaient pas la prescription de 40 ans que le Demandeur soutenait être la seule que dans le cas actuel, les Défendeurs auraient pu invoquer.

La Cour adoptant les prétentions des Défendeurs rendit son jugement dans les termes suivants :

" The Court having heard the parties by their Counsel, upon the merits of " this cause, having examined the proceedings, proof of Record, and having deli- " berated, considering that by law the action and right of action personal and " hypothecary of the Plaintiff was extinguished by the prescription of thirty " years, and that no other or greater time is required by law for the extinction " thereof by prescription, maintaining the exception of the Defendants in that " behalf, doth dismiss the said action with costs."

Cherrier, Dorion et Dorion, pour le Demandeur.
Peltier et Bourret, pour les Défendeurs.

MONTREAL, 22 MAI, 1854.

Coram Day, J., Smith, J., C. Mondelet, J.

No. 2544.

Mountain vs. *Léonard et al.*

Jugé,—que l'acquéreur à titre singulier peut expulser le locataire sans lui avoir donné congé.

Le 6 juillet 1853, Narcisse Prévost vend au Demandeur par acte notarié, une terre située à St. Martin, alors en la possession du Défendeur Léonard comme locataire du vendeur en vertu d'un bail à ferme reçu le 11 avril 1853.

Ce bail avait été fait pour 3 ans, à compter du 1er mai 1853, à la charge par le fermier de faire à ses frais tous les travaux relatifs à l'agriculture et chacune des parties au bail devant fournir la moitié des grains et denrées et partager le produit entre elles.

Par l'acte de vente le Demandeur devant avoir la jouissance de cette terre le 29 septembre 1853, fit notifier Léonard par écrit le 23 novembre 1853, de lui en livrer la possession.

Le Demandeur en alléguant les faits ci-dessus énoncés ; déclare " que par la loi " du pays la vente a eu l'effet de résoudre ou rendre résoluble le bail à ferme ; et " qu'en outre aux termes de son bail, Léonard s'est soumis à cette éventualité."

(Ce dernier allégué n'est pas conforme au bail qui ne contient aucune clause de cette nature.)

Mountain v. Léonard et al.

Le fermier avait livré une partie des lieux loués au Demandeur pour y faire ses travaux d'automne, mais se refusait à lui livrer le restant.

Par ses conclusions le Demandeur demande la résiliation du bail et à ce que Léonard soit expulsé. Le vendeur Prévost avait aussi été mis en cause pour voir dire et adjuger la résiliation du bail.

Le Défendeur Léonard plaida une défense en droit qui fut renvoyée et une exception fondée sur ce que "le congé de son bail aurait dû être donné à l'é-"poque voulue par la loi; c'est à dire à la St. Jean 24 Juin, ou au moins le "29 Juin 1853," et qu'il ne pouvait pas être expulsé durant l'année courante et sans indemnité pour le restant de son bail.

Narcisse Prévost ne contesta point l'action.

Le jugement de la Cour est motivé comme suit :

"Considérant que le Demandeur a fait preuve des allégués essentiels conte-"nus dans sa déclaration, et nommément que dans le mois d'Octobre 1853, il "est entré sur la terre dans la dite déclaration décrite, et y a fait ses travaux, "comme propriétaire de la dite terre, et ce avec la connaissance et du consen-"tement du Défendeur (Léonard) et qu'en conséquence des faits susdits; *et en* "*loi le Demandeur eut droit de poursuivre le Défendeur* (Léonard) *sans lui* "*avoir donné avis préalable ou congé;* déboute les Exceptions du Défendeur et "déclare et adjuge que le Défendeur n'a aucun droit sous le dit bail de conti-"nuer son occupation des lieux, etc, au prejudice du Demandeur, et condamne "le dit Louis Léonard à vuider les lieux, etc., le tout avec dépens contre le dit "Louis Léonard, et quant au dit Narcisse Prévost; considérant qu'il n'a pas "d'intérêt dans la cause et que le Demandeur n'avait pas droit de l'assigner, il "est mis hors de Cour."

Cartier et Berthelot, pour le Demandeur.

Joseph Papin, pour les Défendeurs.

MONTREAL, 30 DECEMBRE, 1854.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, J.

No. 423

Sénécal, Appelante, et Labelle et al., Intimés.

Jugé; que la renonciation à la communauté dûment insinuée, est une exécution valable de la sentence en séparation de biens.

L'Appelante, Dame Henriette Senécal, ayant été poursuivie comme commune avec son mari Séraphino Giraldi, par les Intimés, pour le prix de certaines marchandises vendues et livrées par eux à Giraldi pour les besoins de sa famille; elle opposa à cette demande, sa séparation de biens obtenue en justice et qu'elle allégua avoir été bien et dûment exécutée; et à l'appui de sa défense, elle produisit sa renonciation notariée et dûment insinuée, une copie de jugement lui donnant acte de la production de cette renonciation et condamnant son époux aux dépens de la sentence en séparation de biens, et une copie du writ de Bonis émané à la requête des avocats distrayants et du procès-verbal de Saisie et vente d'une partie des meubles du mari pour le paiement des frais seulement.

Sénécal v. Labelle et al.

Les Intimés par leur réponse spéciale prétendaient que cette renonciation n'opérait pas l'exécution de la sentence, et que conséquemment elle était encore commune avec son époux. La Cour de Circuit (McCord juge siégant) adoptant les prétentions des Intimés, condamna Dame H. Senécal avec son mari à payer le montant réclamé par les Intimés. Sur l'appel interjetté par Dame H. Senécal devant la Cour Supérieure, le 18 Décembre, 1854 ;

Lafrenaye, pour l'Appelante, prétendit : que lorsque la femme n'avait aucunes reprises à exercer et qu'elle avait renoncé à la Communauté, la sentence était duement exécutée, et cita les autorités suivantes :—

Pothier, Traité de la Communauté, No. 519.
Actes de notoriété, p. 325.
Acte de not. du 26 Août, 1702, No. 11.
Anc. Den. *verbo* séparation, Nos. 48, 66, 80 et 81, *et verbo* Renonciation au Greffe, No. 14.
Grand Commentaire de Ferrière sur l'article 224.
Stuart et Fiset, en Appel, 9 Mars, 1849.
Dict. de Droit, *verbo* séparation de biens, p. 910 1ère col.
Arrêts de Louët, lettre S., Som. 16, No. 5, p. 952, 4e al., Ed. de 1749.
Rép. de Guyot, *verbo* Séparation, p. 499, No. 41.

La Cour Supérieure par son jugement rendu le 30 décembre, 1854, "a maintenu l'appel et en conséquence a infirmé le dit jugement avec dépens."

Lafrenaye et Papin, pour l'Appelante.
Leblanc et Cassidy, pour les Intimés.

MONTREAL, 28 JUIN 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, J.

No. 806.

Lalande* v. *Rowley et la Banque du Peuple opposante, et LaFrenaye et Papin, contestant le rapport de distribution.

PRIVILEGE, FRAIS.

Jugé ;—Que les frais de la demande ne sont pas privilégiés, si la créance réclamée ne l'est pas ; ils doivent suivre le sort de la créance.

Par le rapport de collocation dressé par le Protonotaire en cette cause ; les créanciers du Défendeur ayant été colloqués sur le produit des biens immeubles du Défendeur Rowley, au préjudice des Demandeurs par distraction de frais qui n'étaient point colloqués pour leurs frais encourus pour parvenir au jugement final, ces derniers contestèrent ce rapport et demandèrent à ce que leurs frais d'action fussent mis en ordre de collocation comme étant privilégiés. Le Demandeur n'était pas colloqué ; vû qu'il était primé par les autres créanciers. La Banque du Peuple répondit à cette contestation sur le principe que ces frais n'étaient pas privilégiés et elle produisit plusieurs jugements qu'elle avait obtenus contre Rowley, pour faire voir que les frais faits par un autre créancier pour parvenir à un jugement contre le Défendeur et à la vente de ses propriétés n'avaient pu lui profiter.

Les Demandeurs sur distraction de frais s'appuyèrent sur les décisions rendues par la Cour supérieure à Québec. Vide *Garneau et Fortin et Divers* opposants. 2 L. C. Reports, page 386, et les autorités qui y sont citées. "Les procureurs "sont privilégiés pour le paiement de leurs salaires et sont préférés à tous les "autres créanciers de leurs clients. 2 vol. Juâtice Civile de Jousse, page 522, No. 100.

Laisnée v. Rowley.

Per curiam. Ces frais n'ont jamais été considérés privilégiés, et les décisions citées ont varié considérablement dans leurs dispositions, comme il est facile de s'en convaincre en examinant les jugements qui sont rapportés. La contestation est renvoyée.

Lafrenaye et Papin, pour le Demandeur.

Cherrier, Dorion et Dorion, pour la Banque du Peuple.

MONTREAL, 28 JUIN 1856.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, J.

No. 1371.

Le Pailleur v. *Scott et al.*

PRESCRIPTION.

Jugé—*que les prescriptions établies par la 12 Vict. ch. 44 sont des prescriptions absolues.*

Le Demandeur poursuivait les Défenderesses comme héritières de feu James Scott, en son vivant Avocat de Montréal, pour le montant de certains émoluments que ce dernier lui devait pour les services du Demandeur en sa qualité d'huissier.

Les Défenderesses ayant plaidé la prescription de trois ans établie par la 12e Vict. ch. 44, le Demandeur y répondit en droit :

"1o. En autant que les Défenderesses sont tenues d'offrir leur serment à l'appui de leur Exception."

"2o. En autant qu'il n'existe aucune prescription absolue de la nature de "celle invoquée," et une audition préliminaire ayant eu lieu, le Demandeur cita les autorités suivantes, pour démontrer qu'une telle prescription qui est de courte durée est fondée sur une présomption de paiement et que celui qui l'invoque doit offrir de s'en purger par serment :

Dict. de Droit, Ferrière, Vo. prescription, p. 581. Ed. de 1782.

Lacombe, Rec. Jurisp. Ed. de 1769, Vo. prescription p. 511.

1 Lower Canada Reports, page 167, Scott et al., vs. Stuart.

Per Curiam. La prescription invoquée est une fin de non recevoir absolue et qui a eu l'effet d'anéantir le droit d'action. Les dispositions de la 12e Vict., ch. 44, ne peuvent pas être interprétées autrement. *Réponse en droit renvoyée.*

Lafrenaye et Papin, pour le Demandeur.

Cross et Bancroft, pour le Défendeur.

MONTREAL, 26 MARS 1845.

Coram ROLLAND, J., GALE, J., DAY, J.

No. 2234.

Mondelet, v. *Power*.

SAISIE-GAGERIE.

Jugé:—Que la saisie par droit de suite peut être exercée après les 8 jours.

Le Demandeur ayant fait saisir-gager les biens-meubles de la Défenderesse 12 jours après qu'elle eût quitté la maison que lui avait loué le Demandeur; mais pendant la *durée du bail;* il fut décidé que la Défenderesse n'avait *aucun intérêt* à s'en prévaloir, et que *quoad* le débiteur aucun délai n'est fixé par les termes de la Coutume de Paris pour l'exercice de ce privilége.

Vide l'article 171.

Taylor & Hartley, pour le Demandeur.

Ouimet, pour la Défenderesse.

MONTREAL, 16 AVRIL 1849.

Coram ROLLAND, C. J., DAY, J., SMITH, J.

No. 2170.

Armstrong vs. *Crochetière et Crochetière, Opposant.*

Jugé:—qu'un Défendeur peut faire casser le jugement rendu contre lui par défaut comme absent, lorsque de fait, il résidait dans le Bas-Canada; et ce par une opposition afin d'annuler.

Le Demandeur ayant obtenu un jugement par défaut contre le Défendeur qui fut averti de comparaître, par la voie des journaux, en la manière ordinaire, attendû que l'huissier dans son rapport du Writ d'Assignation affirmait qu'il était absent du Bas-Canada; fit saisir les immeubles du Défendeur.

Par une opposition afin d'annuller, le Défendeur contesta la validité de ce jugement; en alléguant que sa résidence durant le procès était fixé dans le township de Somerset, dans le district de Québec, et qu'il n'avait jamais été en aucun temps absent du Bas-Canada, et que conséquemment il aurait dû être assigné devant la Cour du Banc de la Reine pour le district de Québec.

Par ces conclusions il demandait l'annullation du jugement et de tous les procédés subséquents.

Le Demandeur contesta cette opposition par une défense au fonds en droit qui fut renvoyée après audition, attendû que l'opposition a lieu en faveur des absents par les dispositions de l'ordonnance de 1785, sec. 2: qu'il n'est pas nécessaire à l'absent de s'y opposer par requête civile; et par une défense alléguant: que le Défendeur avait acquiescé au jugement et par une défense au fonds en fait.

L'opposant ayant prouvé ses allégations, le jugement de la Cour a mis toute la procédure au néant et il est motivé comme suit:

"La Cour après avoir entendu les parties par leurs avocats au mérite sur l'opposition afin d'annuller du dit Défendeur opposant, avoir examiné la procédure et preuve, et en avoir délibéré, considérant que lors de l'action intentée par le Demandeur en laquelle il a obtenu jugement contre le Défendeur le 29 juillet, 1846, ce dernier était résidant et domicilié dans le district de Québec, et que la prétendue assignation par la Gazette Officielle ne pouvait donner à cette Cour

aucune jurisdiction, que par conséquent ce jugement est nul, le déclare tel et comme non avenu, et donne au Défendeur main-levée de la saisie immobiliaire exécutée contre lui, avec dépens contre le Demandeur, vû sa contestation."

Armstrong v. Crochetière.

Vondenvelden, pour l'Opposant.

Morin et Armstrong, pour le Demandeur.

(P. E. L.)

MONTREAL, 27TH JUNE, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET, (C.) J., CHABOT, J.

No. 711.

Gillin, Appellant and *Cutler*, Respondent.

Held,—That a paper writing undertaking to pay A. B., *or bearer*, a certain sum of money, one half in cash and one half *in grain*, is not a promissory note and therefore not negotiable.

Smith, J., dissentiens :—This is an appeal from the Circuit Court for the Missisquoi Circuit, maintaining an action instituted by the Respondent for the recovery of a sum of money which the Appellant undertook by an instrument in writing signed by him, to pay to one Benjamin Stevens, or bearer, one half in cash, and one half in grain. The action was brought in the court below by Cutler, as the *bearer* of the instrument in question and without the production of any transfer from Stevens. The sole question, for consideration therefore is, whether or not such an instrument, which is not an undertaking to pay *in money*, and therefore not strictly a promissory note, can be legally payable to the *bearer* thereof. I think it can, and am consequently of opinion that the judgment of the court below ought to be confirmed, but unfortunately the majority of the judges who heard the case are of a different opinion, and the judgment will therefore be reversed.

Mondelet, (*C.*) *J.*. for the Court. The whole question is, whether or not the paper writing declared on in the court below is a promissory note, and therefore susceptible of being transferred by *mere delivery*. On reference to Story on promissory notes, § 17, it will be found laid down, that "if the instrument be "a promise to pay money, and to do any other act, or a promise to do any act, "and not to pay money, it is not, in the sense of the Commercial Law, a pro-"missory note, and it is not negotiable, and does not enjoy the common privi-"leges applicable to such negotiable paper." * * * "So, a written promise "for the delivery or payment of merchandise or chattels, or other things in "their nature susceptible of deterioration and loss, and variation in quality or "value, is not a valid promissory note." Applying the doctrine therefore as here laid down to the present case, it is quite plain that Cutler the Respondent had no legal title to sue on the instrument in question, and that the judgment of the Court below must consequently be reversed.

Judgment of the Circuit Court reversed, and action in the court below dismissed with costs.

James O'Halloran, for Appellant.

M. Doherty, Counsel.

A. & G. Robertson, for Respondent.

(S. B.)

MONTREAL, 27th JUNE, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, (C.) J.

No. 2367.

Atwell vs. *the Western Assurance Company.*

Held, that the condition usually endorsed on Policies of Insurance respecting double Insurance, will be held to be waived on the part of the Company, if their agent, on being notified of such double Insurance *after the fire* make no specific objection to the claim of the assured on that ground.

This was a motion for a new trial, on the ground that the verdict had been rendered against law and evidence.

The Plaintiff's action was brought on a Policy of Insurance against fire, to recover the sum of £86 15s. 3d., as the proportion of loss due by the Defendant, in conjunction with the London and Liverpool Assurance Company, on the destruction of the Plaintiff's stock-in-trade by fire.

The Defendant pleaded, that the policy of Insurance was made, subject to the following special condition endorsed thereon, viz:— "That notice of all *previous* "assurance upon property assured by this Company shall be given to them, and en- "dorsed on this Policy, or otherwise acknowledged by this Company in writing, at "or before the time of their making assurance thereon, otherwise the Policy "subscribed by this Company shall be of no effect; and in case of *subsequent* "assurance on property assured by this Company, notice thereof must also be "given to them, to the end that such subsequent assurance may be endorsed "on the Policy subscribed by this Company, or otherwise acknowledged in "writing,—in default whereof, such Policy shall thenceforth cease and be of "no effect." That the goods, &c., insured were also insured by the Plaintiff, at the office of the Liverpool and London Assurance Company, and that the Plaintiff had failed to give notice of such other Insurance to the Defendant, and to cause the same to be endorsed on the said Policy, or otherwise acknowledged by the Defendant in writing.

In consequence of the Insurance with the Liverpool and London Office having been effected between the 18th of June, 1855, (the day on which the Insurance with the Defendant was really effected, and the premium paid), and the 28th of June, 1855, (the day on which the Policy granted by the Defendant was signed), the Defendant pleaded two exceptions, in one of which the insurance in the other Office was stated to be *prior*, and in the other to be *subsequent* to the insurance effected by the Defendent.

The Plaintiff replied specially, to the effect, that the Defendant was aware of the other insurance, and, that when notified thereof, *after the fire*, the Defendant's Agent made no objection to the claim, on the ground of want of such notice, but complained solely of the want of proper notice of the loss and of the amount of property lost being less than that insured; that the Defendant was thereby precluded from urging the objection taken by the pleas, and that in fact the Defendant had waived formal compliance with the condition invoked by such pleas.

The issue having been joined, the case was heard before a Special Jury, who found for the Plaintiff, for the full amount demanded, and also found in answer to a question submitted by the Court, as to a compliance by the Plaintiff with

the conditions of the Policy, and whether there had been a waiver of such conditions, or any of them by the Defendant, that "the Plaintiff did *not* "comply with the conditions of the Policy, inasmuch as he did not give notice, "as required, of any previous or subsequent insurances, but the Defendants, by "their acts *subsequent* to the fire, without doubt, *waived* their right to avail "themselves of this default."

Day, J., dissentiens,—The whole issue in this case is narrowed down to the question of whether or not there has been a waiver on the part of the Defendant, of the condition endorsed on the Policy regarding double Insurance. It may be, and indeed I have little or no doubt, that substantial justice has been done by the verdict found by the Jury, but I nevertheless feel myself bound to dissent from the opinion about to be expressed by the majority of the Court in respect of this question of waiver, which is a purely legal one. The Policy in the present case, not only requires that notice shall be given of all other Insurances, but that such notice shall be endorsed on the Policy, or otherwise acknowledged by the Company in writing, otherwise that the contract shall be null, and the pretension of the Plaintiff is, that this condition has been waived by the acts of the Defendant's own Agent *subsequent* to the fire. There are two points which present themselves in the discussion of the subject presently under consideration,—1st. As to the power of the agent (Gault) to waive such a condition, and 2nd.—As to the fact of whether or not there has been any waiver whatever proved. It cannot be denied, that all the transactions between the plaintiff and defendant in relation to the Insurance in question, were carried out by the Company's agent, but can it be said, that an insurance agent, who is merely empowered to insure, is by necessary intendment also empowered to waive all or any of the conditions of the policy of Insurance after it has been once completed? I hold not. He is only empowered to insure according to the conditions of the policy, and, although he has power also to adjust claims, he undoubtedly has no power to alter the conditions which are essential ingredients of the contract. One can understand, that preliminary proofs of loss may be readily waived, and that there is an incidental power in every insurance agent to make such a waiver, but this has nothing to do with a condition such as the one involved in the present discussion, a condition affecting the very validity of the contract itself. Here, at the time of the fire, there was no contract. Can a mere agent, then, as it were, revive that contract, by pretending to waive, *after the fire*, the necessity of the performance of something required to be done *before the fire*, in order to preserve the contract itself intact? But if there were any doubt as to the power of the agent so to waive any advantage the company had gained, I feel satisfied that there is no evidence of waiver in the present case. The evidence on this point is, that Gault wrote a letter, after receiving the plaintiff's statements of loss, complaining of their insufficiency, and declining to submit them to the Board, and this has been so interpreted as to constitute a waiver, a position in my opinion wholly untenable in law.

Smith, J., for the Court.—The great question is, does the mere failure of compliance with a condition endorsed on a policy operate so as to absolutely destroy the contract. Now the condition invoked by the defendant in this case is

Atwell v. Western Assurance Co.

a very stringent one and foreign to any requirements of the common law, and can consequently, in the opinion of the majority of the Court, be easily waived, and a non-compliance therewith does not of itself necessitate a nullification of the contract. On the whole, therefore, the Court is not disposed to disturb the finding of the jury, and the motion for a new trial is therefore rejected.

Motion rejected.

A. & G. Robertson, for Plaintiff.

Henry Stuart, for Defendant.

(S. B.)

MONTREAL, 27TH JUNE, 1857.

Coram SMITH, J., MONDELET (C.), J., CHABOT, J.

No. 1670.

Mayer v. *Thompson et al.*

Held, in a case where defendant's pleas and exhibits were inscribed *en faux* on the ground that they were not fyled on the day on which they purported to be fyled, that Defendant might withdraw such pleas and exhibits and substitute others in their place, on payment of costs of procedure *en faux*, and thirty shillings additional on fyling new pleas.

The Plaintiff in this cause had inscribed *en faux* against the pleas and exhibits fyled by Defendant, on the ground that they were not fyled on the day on which they purported to have been fyled; and the Defendant having failed to declare, within the period limited by an order of the Court, whether or not he intended to avail himself of such pleas and exhibits, the Plaintiff moved to reject the same from the record. The Defendant thereupon also moved to be permitted to withdraw the pleas and exhibits attacked and to substitute others, which were produced with the motion.

The parties having been heard, the Court after deliberation granted the Defendant's motion "upon payment of costs incurred by proceedings taken by the Plaintiff to inscribe *en faux*, and further upon payment of thirty shillings on allowing new pleas to be fyled."

F. Griffin, Q. C., for Plaintiff.

Edward Carter, for Defendant.

(S. B.)

MONTREAL, 30TH SEPTEMBER, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET (C.), J.

No. 2426.

Ravary, Tutor, et. al. v. *The Grand Trunk Railway Company of Canada.*

Held, in an action of damages arising from a Railway accident, which resulted in the death of a party and the destruction of the horse and waggon by which he was drawn, that without specific proof of the pecuniary value of the party's life, no damages can be recovered beyond the mere value of the horse and waggon.

This was a motion by the Defendant for a new trial, on the ground that the verdict was against law and evidence.

The action was brought to recover £10,000 damages, claimed by the widow and heirs of the late Thomas Wilson, of Coteau du Lac. The declaration alleged, in effect, that Wilson had been instantaneously killed, and the horse and

Revery v. Grand Trunk Railway Co.

waggon by which he was drawn destroyed, while crossing the Railway in the Parish of Coteau du Lac, by coming in contact with the express train from Montreal to Kingston, and that the accident was caused by the gross negligence of the Company and its servants.

The plea amounted in effect to the general issue. The cause was tried before a special Jury, who found a verdict for the Plaintiffs, and assessed the damages at £319, cy., whereof £19, cy. only was manifestly intended to cover the value of the horse and waggon.

The main point urged in support of the motion for a new trial was, that there had been no specific proof offered before the Jury of the pecuniary value of the life of the deceased, and that consequently the damages awarded, in excess of of the mere value of the horse and waggon, were so awarded as vindictive damages, and could not therefore be legally recovered in the present case.

Smith, J., dissentiens:—This was a motion for a new trial, in an action brought by the representatives of the late Mr. Wilson of Coteau du Lac, against the Company for damages sustained by the Plaintiff, owing to the death of the deceased, which was said to have been caused by their neglect. The Jury had given a verdict with damages of £319, being the amount of the value of the horse and waggon, which was proved, and £300 besides. Defendant's motion proceeded on two grounds. First, that the verdict was against the balance of evidence, which it was alleged was in favour of the Defendant. On that point the Court were unanimously against the application. They thought the balance of evidence was upon the whole in favour of the Plaintiffs, and if they did not, they would still think that a matter within the Province of the Jury. But unfortunately the Judges were divided on the second point, which was, that the Jury had given damages in excess of the amount proved at the trial. The Defendant at the argument urged strongly that this was in opposition to the Judge's charge, as the Judge had stated that nothing but the proved damages could be taken notice of, and that nothing could be given by way of vindictive damages. He need say nothing about vindictive damages, as there was no proof that the Jury had intended to give any. Assuming that such damages could not have been and had not been given, he was next thrown on the consideration, whether there were any other and good ground in law for the amount of damages which were in excess of the value of the horse and cart; there having been no proof of the pecuniary value of the life which had been destroyed. If there were no such grounds a new trial must be granted. If not, there was no reason for it, except the damages were evidently and grossly excessive in their very nature. The question in short was whether the representatives of a person killed in the manner in which the deceased lost his life could recover general damages based on the single fact of the death without bringing evidence of the value of his life. He (Judge Smith) came to the conclusion that they could. Looking first at the law in England—it had been remarked with much force that by the provisions of the Statute, as reported in Shelford, by which these actions were granted, general damages could not be permitted. If that were so, then was there a common law right to recover such damages irrespective of the Statute? He need not mention that before the passing of the Statute no such action as this would lie. By

Bavary v. Grand Trunk Railway Co.

that law it was enacted that no damages were to be assessed for mental sufferings; but was there nothing else than mental suffering in the loss of a husband or a father? Was not the family left in such a case without a guardian or provider? However that might be, there was no such exception in the Canadian Statute, and he, therefore, supposed the same rule would prevail as in other cases of damages, as, for instance, for seduction, where the mental suffering was the very thing which the damages were designed to compensate. It seemed to him that there could be no necessity to prove that such a loss must entail a pecuniary damage. The representatives of a person killed by negligence had the right to the same action that he would have had himself, and it surely would not be necessary to prove that a man was injured otherwise than mentally if his leg were broken. He thought the new trial should be refused. Cited 2 Phillips, P. 208. 9.

Day, J.—The only point of difference between the members of the Court is as to the amount allowed by the Jury over and above the value of the horse and waggon. The question here was not if the damages were excessive, but if a part of them were not based on a principle entirely faulty and vicious. Whether the Jury, after giving the amount of damages, which had been proved, were to go on and assess for further damages, of the kind known in English law as vindictive, and called in Scotland a "solatium"—in short, whether, on the death of a party being proved, pecuniary damages must be presumed, or if they were not presumed, whether a "solatium" could be awarded to the family as a remedy for their wounded feelings. Damages were divided into appreciable, or those which might be estimated in money and those called vindictive or which served as "solatiums." Those which might be appreciated pecuniarily were again divided into specific and general—those proved precisely and those where the proof consists merely of a statement that the man has been injured in a certain manner, leaving the amount to be assessed by the Jury. For instance, suppose the case of a report having been circulated that a trader was insolvent. It would be impossible to prove the exact amount of dollars that he had lost; but it would be quite possible to prove the nature and extent of the plaintiff's business. So in the present case, if there had been any evidence at all the Court would not have interfered. It might have been established that Wilson was in the prime of life, and was managing a farm, superintending the education of a number of children, and so forth, and the Court would not then have touched the verdict. But here there being nothing but the death proved, the damages given in excess of the value of the property destroyed must be looked on, as he before remarked, as vindictive damages, or as the Scotch solatium. He laid it down that according to all authority there could be no such damages here, because they were applicable only when the "animus injuriandi" existed, as in actions for libel, "crim con," seduction, etc., where the "animus injuriandi" was the very pith of the matter. In all such cases juries had given, and courts had sustained them in giving, damages which were at once a punishment for the offender, and a solace to the offended party. The idea that the Jury would be in a position to assess damages upon the basis of the mere fact of the death of a parent, he looked upon as perfectly untenable. The deceased parent might have been one on whom his family depended for support; but, on the other hand, he might have been

an aged man, or a man of vicious habits—one in short who was a pecuniary burden. Take an extreme case, and it was easy to suppose such, a man being killed, after having his life was insured for a large sum, which would accrue to his family; Would it be said in that case that his death created a presumption of pecuniary loss to his family? His Honor concluded by remarking that a great deal which was valuable on this subject might be found in Borthwick on libel, and saying that the new trial must be granted.

Mondelet, (C.), J., added some observations in support of the judgment: saying that he held the law of our own country to be sufficient for the basis of the decision without travelling to England, and he held that no statute was necessary to give the right to this action here. But if the right had been conferred by our own statute he was ready to meet his learned brother's argument on that ground. That statute said that the Jury were to award such damages as they thought proportionate to the injury. But how could they decide that without knowing what the injury was? If vindictive damages were to be given without any rule upon the mere caprice of juries excited by public clamor, there would be no safety for Railway Companies against the most monstrous fines. The Courts should know nothing of this public clamor, let it prevail where it would. It was true that these companies were to be punished when they did wrong, but they were at the same time to be punished in a proper manner and as the law directed.

Motion granted.

Loranger, Pominville & Loranger, for Plaintiff.

Cartier & Berthelot, for Defendant.

(S. B.)

MONTREAL 30TH SEPTEMBER, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET (C.), J.

No. 87.

Dansereau, et. al. vs *Privé.*

Held, in an action *en bornage* where the Defendant pleads that he has been always ready to bound and prays *acte* of his willingness so to do, but also prays *that Plaintiffs' action may be dismissed with costs*, that Defendant must pay the costs of suit, altho' the costs of the *bornage* are divided.

This was an action *en bornage*, in which the Defendant pleaded that he was always ready and willing to bound, and prayed *acte* of his willingness so to do, but also prayed that the Plaintiffs action might be dismissed with costs.

In rendering the final judgment in the cause, homologating the report of the Surveyor, the Court declared that it had always condemned the Defendant to pay the costs of the suit, where he prayed for the dismissal of the action as in the present case, altho' the costs of the *bornage* were divided, and reference was made to the case of Weymess vs. Cook, reported in the 2d vol. of the L. C. Law Reports, p. 486.

Judgment dividing the costs of the *bornage* and condemning Defendant to pay the costs of suit.

Cherrier, Dorion & Dorion, for Plaintiff.

Lafrenaye & Papin, for Defendant.

(S. B.)

MONTREAL, 30TH SEPTEMBER, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET (C.), J.

No. 2697.

Pacaud v. *The Monarch Insurance Co.*

Held, that the mere substitution of one office for another in a case of fire insurance, does not necessitate the giving of notice, as in the case of a new or double insurance.

This was an action on a fire policy. The Defendant pleaded, in effect, that one of the conditions of the policy prohibited any new or double insurance, without notice to the Defendant, *à peine de nullité*, and that Plaintiff had, subsequently to the granting of the Defendant's policy, insured the same property in two other offices, without giving any notice whatever to the Plaintiff; and the Plaintiff replied, that the two insurances in question were merely substituted for an insurance already subsisting on the property with the knowledge and consent of the Defendant.

Smith, J.—The only question for consideration in the present case is whether or not the mere transfer of an Insurance subsisting with the Beacon Office, with the knowledge and consent of the Defendant, to the offices of the Unity and Royal Insurance companies, without notice to the Defendant, invalidated the policy granted by the Defendant. The Court is unanimously of opinion that it does not. This was no new or increased insurance: it was a mere transfer from one office to another, or rather to two other offices, the amount insured altogether remaining the same as before the transfer. And it is to be remarked, that all the insurance agents examined as witnesses in this case concur in stating that a transfer under such circumstances is never considered as a new insurance.

Judgment for Plaintiff.

R. & G. Laflamme, for Plaintiff.
Cross & Bancroft, for Defendant.
(S. B.)

MONTREAL, 30TH SEPTEMBER, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET (C.), J.

No. 458.

Wilson v. *Brown & Brown*, Opposant.

Held, that it is not competent for the Sheriff to refuse the demand of an opposant to return an execution *de terris*, unless his fees and disbursements due in respect thereof are prepaid.

Smith, J.—This is a rule on the Sheriff by an Opposant *à fin de distraire*, to return the writ of execution *de terris* and the opposition fyled thereto. The Sheriff has refused to comply with the Opposant's demand without prepayment of his fees and disbursements on the execution of the writ. The Court considres the Sheriff's pretension unfounded. The Sheriff has agreed to execute the writ without such prepayment, and the Opposant, who was bound by statute to fyle his opposition in the Sheriff's office, cannot be compelled to suffer his opposition and papers to remain locked up there for an indefinite period, on the mere pretence that there are fees and disbursements due to the Sheriff in connexion with the execution of the writ.

Rule absolute.

A. & G. Robertson, for Opposant.
Henry Stuart, for the Sheriff.
(S. B.)

MONTREAL, 30TH SEPTEMBER, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET (C.), J.

No. 44.

Lyman et al v. *Chamard.*

Held, in an action on a promissory note, where the Defendant pleaded that he had sent in a renewal to the Plaintiffs and that they never returned it, and the Plaintiffs replied that they had refused to accept the note as a renewal, that the Defendant was bound on such refusal to call and take away the note he had so sent in renewal; and that the mere fact of the Plaintiffs' not returning it could not be construed into an agreement to renew.

Day, J.—This is an action on a note and an open account. The Defendant pleaded that he had sent in a renewal note to the Plaintiffs, which they retained in their possession, and that the renewal note had not yet matured when the action was brought. The Plaintiffs replied to this, that they had not only not agreed to renew, but had positively declined to do so. The allegations of the Plaintiffs in this respect are fully borne out by the evidence, and the only question for discussion is whether or not the fact of the Plaintiffs' not returning the note amounts in law to an agreement to renew. The Court thinks not. It was not in the power of the Defendant alone to change the relation of the parties; and the mere fact of his sending Plaintiffs a renewal note, which they retained in their possession, could not, in the absence of a positive agreement by the Plaintiffs to renew, change the original rights of the parties. When the Plaintiffs declined to renew, it was the business of the Defendant to call for the note he had so sent; and the neglect or otherwise of the Plaintiffs to return it to him could never be construed into a legal understanding to renew.

Judgment accordingly.

S. W. Dorman, for Plaintiffs.

M. Laframboise, for Defendant.

(S. B.)

MONTREAL, 30TH SEPTEMBER, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, (C.) J.

No. 1370.

Généreux vs. Leroux.

Held, that the amount demanded, and not that which may be really due, must regulate the question of jurisdiction.

This was a hearing on law, raised by the Plaintiff's answer in law to the Defendant's *Exception déclinatoire.*

The exception alleged that the Defendant only owed Plaintiff £25, instead of £51 10s. cy., and was only amenable in consequence to the jurisdiction of the Circuit Court of Vaudreuil, where the debt was contracted and the Defendant had his domicile.

The Plaintiff demurred to this exception, on the ground that by the 82nd section of the Judicature Act, the jurisdiction of the Court is dependent on the amount demanded and not on that recovered or likely to be recovered.

Judgment maintaining demurrer and dismissing exception.

R. & G. Laflamme, for Plaintiff.

Ouimet, Morin & Marc[illegible], for Defendant.

(S. B.)

MONTREAL, 30TH SEPTEMBER, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., and MONDELET, J.

No. 2462.

McMartin v. *Garceau.*

1. A bequest of a farm with all the stock and implements upon it is a special legacy.
2. To charge the legatee under such a bequest with the debts of the deceased, the burden of proof that the testator had no other estate or effects is upon the Plaintiff.
3. In the absence of such proof, parol evidence of a promise by the legatee to pay a debt due by the testator is inadmissible.

One Liscom made a will by which he bequeathed to the Defendant his farm on the north side of the River Rouge, with all the stock and farming implements upon it; and declared that he left his farm on the south side of that river, and all his other property, to form an estate and succession to be regulated by the laws of the country. He afterwards died, owing the Plaintiff, a merchant, for goods purchased, the debt for which this action was brought.

The Plaintiff sued the Defendant as the universal legatee of the deceased under this will, to which action the Defendant pleaded a *défense au fonds en fait.*

The Plaintiff produced an inventory of the Testator's estate, in which the Defendant was styled universal legatee, and in which no property or effects were mentioned except those bequeathed to the Defendant. Then, after proving the indebtedness and the possession by Defendant of the farm, he examined a witness who swore to a verbal promise by the Defendant to pay the debt in question. The Defendant objected to this testimony, but the objection was overruled, and the evidence admitted. The Defendant then produced and fyled deeds, showing the acquisition by the testator, of the farm on the south side of the River Rouge.

Robertson, for Plaintiff, argued that Defendant having assumed the title of universal legatee in the inventory, and there being no other property mentioned in the inventory as belonging to the estate of Liscom, and no other property proved to have belonged to that estate, except what had been bequeathed to the Defendant; he must be regarded as a universal legatee, though not nominally so constituted by the will. In any case, such a bequest under such circumstances was a good consideration for a promise to pay, which it was proved the Defendant had made to the Plaintiff with a full knowledge of the facts.

Abbott, for Defendant, moved to reject the evidence of a promise to pay, as being an attempt to prove by parol testimony a promise to pay the debt of another, which was only susceptible of proof in writing. He contended also that the legacy was a special one; and that if Plaintiff desired to charge Defendant with the debt in question, he should have shewn that Defendant had received, under the will, the whole of Plaintiff's estate.

Smith, J.—There is no doubt whatever that on the face of the will the bequest to the Defendant is a special legacy. It was for the Plaintiff to show that it comprehended the whole estate of the deceased, which he did not do. Parol evidence of a promise by Defendant to pay the debt of deceased, was therefore inadmissible. The Defendant's motion to reject the evidence in question must be granted, and the action dismissed.

A. & G. Robertson, for Plaintiff.
Abbott & Baker, for Defendant.
(J. J. C. A.)

MONTREAL, 30TH SEPTEMBER, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., and MONDELET, J.

No. 1182.

McAdam v. *Kingsbury.*

It is a good defence to a petitory action for the recovery of a farm, that the Defendant is a co-proprietor with the Plaintiff.

In this case the Plaintiff sued the Defendant for the recovery of a farm, alleging title from the heirs of one Dépocas.

The Defendant set up a prior deed from one of the heirs, conveying to him seven undivided twentieths of the farm in question, and claimed the dismissal of the action.

Day, for Plaintiff, argued, that though the Plaintiff had failed to establish his right to the whole farm, he was admitted to be the proprietor of thirteen twentieths of it, and should have judgment accordingly. The conclusions of his declaration being for the whole farm clearly enabled the Court to give him a portion of it, on the principle that the greater includes the less.

Abbott, for Defendant, replied that the conclusion was indivisible under the circumstances. If the Plaintiffs had established an exclusive right to any particular portion of the farm, he might have had judgment for that; but the rights of the parties being undivided, the Defendant had a property in every atom of the farm in question. The defendant should have brought his action for a *partage*.

Day, J.—The Defendant had established a title to seven undivided twentieths of the farm, for the recovery of which the present action is brought; and the action must therefore be dismissed. It has been repeatedly held by this Court that the remedy for a proprietor *par indivis*, who desires to obtain possession of his property from a coproprietor, is by an action *en partage*, and not by a petitory action.

Day & Cramp, for Plaintiff.

Abbott & Baker, for Defendant.

(J. J. C. A.)

EDITOR'S NOTE.—But see *contra*, Cannon v. O'Neil, 1 L. C. Rep. 160.

MONTREAL, 30TH SEPTEMBER, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, (C.) J.

No. 922.

Hunter vs. Dorwin.

Held, that *cumulation d'actions* cannot be pleaded by a Preliminary Plea or *exception à la forme*,

This was a hearing on law, raised by an answer in law, fyled by the Plaintiff to a Plea entitled Preliminary Plea, or *exception à la forme*, fyled by Defendant. The Plea was in effect an exception of *cumulation d'actions*, and the Plaintiff demurred to it on the ground, that the reasons assigned in support of the Plea were properly those of a Plea *au fonds*, and not of a preliminary Plea.

Judgment maintaining demurrer and dismissing exception, Judge Mondelet dissenting, on the ground that he considered both the exception and demurrer bad, and that he would be for dismissing both.

Mackay & Austin, for Plaintiff.

Day & Cramp, for Defendant.

(S. B.)

MONTREAL, 30TH SEPTEMBER, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., & MONDELET, J.

No. 1609.

The City Bank vs. The Harbour-Commissioners of Montreal.

A principal is not liable for money paid to his agent by mistake, in excess of an amount actually due unless it be shewn that he received, or otherwise benefited by, such payment.

John Glass, the Defendants' secretary, drew a cheque on the Plaintiffs for £140. The Plaintiff's paying teller received the cheque from the Defendants' messenger, and by mistake gave him a sum in cash, which was asserted to have exceeded the cheque by £25. The messenger gave the money he received to Browne, the Defendants' wharfinger, who paid it away to their laborers, without carefully counting it. Browne was charged by Defendants with the amount of the cheque, and accounted for that sum only; and it was proved that he kept a separate cash book for his department of the Defendants' business, for the balance shown by which, he was liable to them. The only evidence connecting the Defendants with the receipt of the money was the testimony of two of the Bank Clerks, to the effect that they had represented the matter to the Hon John Young, the President of their Board, and he had promised to have it "looked into." The testimony as to there having been any overpayment was conflicting, but that question did not enter into the motives of the decision of the Court.

Monk, Q. C., for Plaintiffs, contended that the Defendants were liable on the general ground that the money had been paid to their servant who was usually employed by them for similar business. It had been traced to their office, where it had been paid away to their laborers. Apart from that, the promise by the President, which was never fulfilled, should be considered as going very far towards an admission of responsibility by the Defendants for the act of their servant.

Abbott, for Defendants, argued that they were only liable for the acts of their agents, so far as they kept within their authority. The messenger's authority was enunciated in the cheque, and only empowered him to receive from the Bank £140. If the Bank chose to pay him more than that amount, it could not be said that he had the Defendant's authority to receive it. The only mode in which they could be made liable for an overpayment to their agent, would be by proof that they had actually received it, when they would then be bound to repay it upon general principles of [illegible] proof of this kind had been attempted. On the contrary, it was shewn that if there really was an overpayment, which appeared doubtful, it had remained in the hands either of the messenger, or of Browne the wharfinger.

Day, J.—There is no question but that the pretensions of the Defendants must be maintained. The Plaintiffs, to sustain their action, must either show that the persons to whom the money sought to be recovered was paid, had authority from the Defendants to receive it for their account; or that the Defendants themselves afterwards received it either directly or indirectly.—It is perfectly clear that neither the Defendants' messenger, nor Browne, had any authority from them to receive more than the amount mentioned in the cheque: and

instead of its being proved that the Defendants received or benefitted by the alleged overpayment, it is shown that they only received credit in Browne's cash account, for the sum for which the cheque was drawn. There was therefore no liability on their part towards the Plaintiffs, and the action must be dismissed.

Rose & Monk, for Plaintiffs.

Abbott & Baker, for Defendants.

(J. J. C. A.)

MONTREAL, 30TH SEPTEMBER, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET (C.), J.

No. 2711.

Hon. G. E. Cartier, Atty. Gen., Pro Regina, Informant, v. *Yule et al.*

Held, that the individual members composing a corporation cannot be impleaded in respect of the affairs of such corporation.

This was an exception *à la forme* fyled by the Defendants, on the ground that by the terms of the information itself, the acts, matters and things complained of concerned only a certain company, duly incorporated, as stated in the information, under the name of "The Longueuil and Chambly Turnpike Road Company," having perpetual succession and capable in law of suing and being sued under that title, and not the Defendants personally; that the designation of the Defendants as contained in the said information and the writ of summons annexed, was not a designation of the company; and that the service which was made on the Defendants simply as individuals, was not a service on the company, or any company or persons liable to such service.

By the writ of summons and information the Defendants were impleaded, in, their individual names, as forming a company of the name and title above mentioned, but all the acts complained of in the information were therein stated to have been done by the company as a corporation, the corporate character of such company being fully set out in the information, although the conclusions were against the Defendants individually and jointly and severally.

Day, J.—The Court is with the Defendants on the points raised by their exception. It is quite plain that the matters complained of are chargeable only against the corporation referred to in the information, and that the information is directed not against the corporation but against the Defendants as the individual members composing such corporation. Moreover, supposing for argument's sake that it is the corporation which has been really impleaded, there has been no legal service of the writ of summons and information on them as a corporation, the service having been made simply on the Defendants as individuals. Viewing the matter, therefore, in either of these two lights, it is obvious that the information cannot be sustained.

Judgment maintaining exception and dismissing information.

T. J. J. Loranger, Q. C., for Informant.

Bethune & Dunkin, for Defendants.

(S. B.)

MONTREAL, 30TH SEPTEMBER, 1857.

Coram DAY, J., SMITH, J., MONDELET, (C.) J.

No. 1204.

Lalonde vs. Lalonde.

Held, that to entitle Defendant to suspension of proceedings on the ground of costs being due by Plaintiff on former action, it must appear that the causes of both actions are identical, and that the parties are also identical.

Per Curiam :—This is a motion to have all the proceedings in the case suspended until the costs in a former action, which was dismissed on demurrer, wherein the Plaintiff in this cause was only one out of a number of Plaintiffs, and wherein the causes of action were not identical with those in the present case, be first paid. This clearly cannot be, and the motion must therefore be dismissed.

Motion rejected with costs.

Pelletier, Bélanger & Ricard, for Plaintiff.

Ouimet, Morin & Marchand, for Defendant.

(S. B.)

MONTREAL, 19 OCTOBRE, 1857.

Coram DAY, J., MONDELET, J., BADGLEY, J.

No. 1061.

Durocher vs. Meunier.

Jugé que le dommage resultant de mutilations faites à un cheval n'est pas un *personal wrong* qui donne droit à un procès par Jury.

La déclaration alléguait que le Défendeur tenait à Montréal une maison d'entretien public, (auberge).

Que le 13 Mai 1857 le Demandeur fit mettre et loger une jument dans l'écurie du Défendeur ; que pendant que l'animal était là, il eut le crin de la queue et du col rasé et que depuis il n'est plus d'aucune valeur, le Demandeur ne pouvant plus s'en servir sans s'exposer au ridicule ;—qu'enfin le Demandeur ayant éprouvé ces dommages par suite de l'incurie et de la négligence du Défendeur il en tenait ce dernier responsable,—conclusions pour £95 de dommages.

Le Défendeur plaida en substance que cet animal ne lui avait pas été confié comme appartenant au Demandeur ; qu'il n'aurait pas logé l'animal chez lui, s'il eut su qu'il appartenait au Demandeur, vu que le Demandeur avait de nombreux ennemis et qu'il était notoire et de commune renommée que l'animal du Défendeur aurait le crin rasé.—Et le Défendeur en concluant au débouté de l'action déclarait son option du procès par Jury.

Motion du Demandeur que la demande faite par le Défendeur d'un procès par Jury soit rejetée, attendu que les dommages réclamés ne sont pas de nature à faire la matière d'un procès par Jury, tels dommages étant plutôt réels que personnels.

Le Défendeur dit que vu le caractère exceptionel qu'avait ici le procès par Jury en matière civile, il était à peu près impossible de trouver des autorités pour définir exactement ce que le Statut (1) avait entendu comprendre sous les termes *personal wrongs* de la version anglaise et *injures personelles* de la version française.

(1) 25 Geo. III, C. 2, S. 9.

Dans le cas actuel le tort commis ne porte pas, il est vrai, physiquement sur la personne du Demandeur; mais le Demandeur fait remonter lui-même moralement le tort à sa personne en alléguant que c'est le ridicule auquel il s'exposerait en se servant de la jument mutilée, qui la déprécie totalement et donne lieu à son action. Les précédents sont aussi rares que les autorités; néanmoins il en est un qui fait voir que nos Cours n'interprètent pas strictement les termes du Statut. Dans une cause jugée à Québec le 10 Décembre 1853 (1)—Ferguson vs. Patton, il fut décidé que l'inexécution d'une promesse de mariage, qui n'est en définitive qu'un contrat civil, donnait droit à un procès par Jury.

Durocher v. Meunier.

Le Jugement maintient la motion et déclare par conséquent qu'il n'y a pas lieu au procès par Jury.

Ouimet, Morin & Marchand, pour le Demandeur.

E. Roy, pour le Défendeur.

(J. D.)

MONTREAL, 12 OCTOBRE 1857.

EN APPEL.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE, Bart., J. en Chef, AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

No. 193.

Gauthier et al., v. *Darche.*

Jugé:—Que l'action en garantie simple peut être exercée contre le garant qui n'a pas été partie au contrat d'où est née l'action originaire (2).

Par acte d'obligation reçu à St. Jean, dans le District de Montréal, le 1er février 1840, devant Mtre. Moreau et son confrère, Notaires Publics, les Appelants associés pour des fins commerciales, se sont reconnus débiteurs du nommé François Marchand, écuier, de St. Jean, pour avances faites à leur commerce, d'une somme de £500 0 0 qui fut stipulée payable dans quatre ans de la date de l'obligation, avec intérêt payable annuellement.

Le 1er juin 1840, les Appelants ont consenti pour les fins de leur commerce, un billet en faveur de leur créancier, François Marchand, pour £250 0 0 payable à demande, avec intérêt. Au moyen de ces deux titres de créance, Marchand se trouvait, le 1er juin 1840, créancier des Appelants d'une somme de £750, portant intérêt.

Le 29 septembre 1841, par acte reçu à Blairfindie, dans le District de Montréal, devant Archambault et son confrère, Notaires, les Appelants ont vendu leur fonds de commerce à l'Intimé. Cette vente a été faite à la charge par l'Intimé de payer et acquitter toutes les dettes dues par les Appelants, à raison de leur société commerciale, et depuis son existence jusqu'à l'époque de la cession, et ce, quand ces derniers seraient requis de faire tels paiements. Entr'autres créances dues à cette époque-là par les Appelants, se trouvaient celles ci-haut mentionnées en faveur de François Marchand. Par l'acte de cession fait à l'Intimé, le 29 septembre 1841, les Appelants lui ont, en termes exprès, indiqué et fait connaître l'obligation de £500, dont ils étaient débiteurs envers le dit Marchand, et l'Intimé a déclaré la bien connaître, et s'est engagé l'acquitter.

(1) Décisions des Tribunaux, vol. 4, p. 383.
(2) 1 L. C. Jurist, page 46.

Gauthier et al., v. Darche.

L'Intimé a payé à François Marchand les intérêts qui se sont accrus annuellement sur l'obligation et le billet, jusqu'en 1855, mais il a négligé de payer les capitaux.

Le 19 mars 1856, Marchand a poursuivi les Appelants pour les £750, montant en capital des susdites obligations et billets. Les Appelants se voyant ainsi poursuivis, se sont pourvus par action en garantie simple contre l'Intimé, se fondant sur l'acte de cession du 29 septembre 1841, par lequel l'Intimé avait assumé l'obligation de payer ces créanciers à leur acquit. Par leurs conclusions, les Appelants ont demandé à ce que l'Intimé eût à faire cesser l'action principale, sinon qu'il fut condamné à les indemniser du montant réclamé par telle poursuite.

A cette demande en garantie, l'Intimé a opposé une exception à la forme, concluant au débouté de l'action pour les raisons suivantes, reproduites ici textuellement.

1o. Parceque ce n'est pas par une action en garantie que les Demandeurs pourraient se pourvoir contre le Défendeur pour les raisons mentionnées en leur déclaration.

2o. Parce que d'après les allégués mêmes des dits Demandeurs, le Défendeur ne s'est obligé de payer leurs dettes et nommément, celle réclamée d'eux par François Marchand, *qu'à leur demande et lorsqu'eux-mêmes en seraient requis.*

3o. Parce que cette obligation de la part du Défendeur ne pourrait donner lieu à une action en garantie en faveur des Demandeurs.

4o. Parce que d'après cette obligation, les Demandeurs ne pouvaient avoir qu'une action directe contre le Défendeur, après avoir payé eux-mêmes leurs dettes et nommément celle qu'ils devaient à François Marchand.

5o. Parce que les conclusions de la déclaration des Demandeurs sont informes et irrégulières en autant que ce sont les conclusions d'une action en garantie et qu'elles ne sont pas justifiées par les allégués d'icelle déclaration.

Les Appelants ont répondu à cette exception par une réponse générale.

Le 20 décembre 1856, la Cour Inférieure appelée à décider du mérite de cette exception à la forme, a prononcé le jugement qui suit, déboutant l'action des Appelants.

"The Court having heard the Plaintiffs *en garantie* and the Defendant *en garantie* by "their counsel upon the merits of the Exception *à la forme* pleaded by the Defendant "*en garantie* to the action of the said Plaintiffs *en garantie*, having examined the declaration and pleadings in this cause and having deliberated thereon, considering that "the said Plaintiffs *en garantie* have not by reason of the allegations in their declaration contained and by law any right of action *en garantie* against the Defendant as his "*garant simple* in the manner and form as they have by their said action impleaded "him, the Defendant, maintaining the said *exception à la forme*, doth dismiss the said "action *en garantie* with costs."

L'Intimé dans son factum énonçait ainsi ses prétentions.

En vertu de ces actes et des allégués de leur déclaration, les Appelants pouvaient avoir une action à exercer contre l'Intimé, mais non pas une action en garantie. Les Appelants ont confondu la responsabilité avec la garantie. On peut être responsable envers quelqu'un sans être son garant. C'était le cas dans l'espèce actuelle; l'Intimé, d'après les allégués des Appelants, était bien respon-

sable envers eux des sommes qu'ils auraient été tenus de payer pour les affaires de leur ci-devant société, mais pour cela il n'était pas leur garant.—La dette n'était pas la sienne. Il n'est pas tenu de la payer au créancier, mais seulement à eux-mêmes dans le cas où le créancier la leur demanderait.—Le but de l'action en garantie est de mettre le débiteur principal en présence du créancier afin qu'il admette ou conteste la demande. C'est ce qui arrive lorsque l'endosseur d'un billet promissoire appelle en garantie le prometteur,—c'est afin que celui-ci, débiteur principal du billet, fasse valoir toutes les exceptions qu'il peut opposer à l'action du créancier.—L'Intimé n'était pas dans cette situation. La dette n'était pas la sienne, il peut même se faire qu'il ne connût aucune des circonstances sous lesquelles elle avait été contractée, et que par conséquent, il ne fût pas en état de contester la demande avec connaissance de cause, ce qui est le but pour lequel on met ordinairement en cause son garant. Le garant est par la loi tenu aux frais faits contre le garanti. Dans l'espèce actuelle ni la loi ni la convention ne soumettait l'Intimé au paiement des frais de la demande principale.

Du reste, les cas de recours en garantie sont déterminés par la loi, et ne peuvent être l'objet de conventions particulières faites en-dehors des cas prévus.—Le créancier qui prend un billet de son débiteur qui n'est qu'endosseur sur ce billet promissoire, sait que cet endosseur peut exercer un recours en garantie contre le prometteur, et que par conséquent, il peut avoir deux adversaires au lieu d'un et il s'y soumet en acceptant ce billet; mais sa condition serait des plus fâcheuses si à son insçu il était permis à l'endosseur ou au prometteur du billet de se ménager un recours en garantie chaque fois qu'il le jugerait à propos, et par ce moyen de soulever à un créancier de bonne foi toutes sortes de contestations. La position du créancier ne peut pas être ainsi changée. C'est à l'époque du contrat qu'il faut se reporter pour savoir si le débiteur a un garant ou non. Les conventions postérieures que l'une des parties feraient avec des tiers ne peuvent changer les droits des parties entr'elles. Et comme l'Intimé n'aurait pas eu, nonobstant l'Acte du 29 septembre 1841, le droit de s'immiscer dans la poursuite faite par M. Marchand contre les Appelants, il s'en suit qu'il ne peut pas non plus y être appelé malgré lui.

C'est ainsi que la Cour Inférieure a jugé cette question. Elle a décidé qu'il n'y avait pas lieu à une action en garantie; que les conclusions prises par les Appelants étaient irrègulières et elle les a débouté de leur demande.

Ce jugement est conforme à la loi et à la jurisprudence, du moins à celle suivie dans le District de Montréal.

Lemesurier et al., v. Gingras et al., 21 mai 1845.

Voligny et al., v. Rodden, 25 mai 1852, C. S. à Montréal.

Sir L. H. Lafontaine, Bart., J. en Chef. Il s'agit d'une action en garantie dirigée par les Appelants contre l'Intimé, et dont les premiers ont été déboutés, par jugement de la Cour Supérieure à Montréal, du 30 décembre 1856.

Par acte notarié du 1er février 1840, les deux Appelants qui étaient alors en société de commerce, reconnaissent devoir à M. François Marchand une somme de £500, remboursable dans quatre ans, et portant intérêt; et puis, par un billet à ordre du 1er juin de la même année, ils reconnaissent lui devoir une autre somme de £250, payable à demande, avec intérêt.

Gauthier et al. v. Darche.

Par acte du 29 septembre 1841, les Appelants cèdent leur fonds de commerce à l'Intimé, et celui-ci s'oblige envers eux de payer toutes les dettes de la dite société, et nommément la susdite somme de £500, due à M. Marchand "promettant le dit cessionnaire payer et acquitter les dites dettes à eux dits cédants et à leur demande et lorsqu'eux-mêmes en seront requis et obligés."

Le 19 mars 1856, M. Marchand intente une action contre les Appelants pour la somme de £750, montant de son obligation et de son billet; puis le 31 du même mois, les Appelants forment contre l'Intimé une demande en garantie concluant "à ce qu'il soit assigné à comparaître devant cette Cour, pour répondre "à la présente demande et voir dire et déclarer qu'il est tenu d'intervenir en la "dite cause où le dit François Marchand est Demandeur, et les dits Demandeurs "(Appelants) sont Défendeurs et de faire cesser la dite action et le trouble que "souffrent les dits Demandeurs à raison de la dite poursuite, et qu'à défaut par "le dit Défendeur de ce faire, il soit condamné, par cette Cour, à garantir et "indemniser les dits Demandeurs de toutes condamnations qui pourraient inter-"venir contre eux dans la dite cause au profit du dit François Marchand, en "principal, intérêt et frais, tant en demandant qu'en défendant, et que le dit Dé-"fendeur soit en outre condamné à payer et rembourser aux dits Demandeurs "toutes sommes de deniers auxquelles ils pourraient être condamnés au profit "du dit François Marchand."

Dans une exception intitulée "exception à la forme," l'Intimé a prétendu que les Appelants n'avaient pas le droit de se pourvoir contre lui, par la voie de l'action en garantie. Cette prétention a été accueillie par la Cour de première instance qui a maintenu l'exception et débouté les Appelants de leur action.

Il est peut-être à propos de remarquer que, dans la déclaration des Demandeurs en garantie, il est allégué, que les intérêts avaient été payés et acquittés par l'Intimé, savoir: sur la somme de £500 jusqu'au 1er novembre 1854 et sur celle de £250 jusqu'au 1er juin 1855.

La seule question qui se présente est donc celle de savoir si, dans les circonstances, il y avait lieu à une action en garantie.

"La *garantie simple*, dit Pothier, (1) est celle qui a lieu, dans les actions per-"sonnelles qui résultent de l'obligation qu'une personne a contractée d'acquitter "quelqu'un en tout ou en partie d'une dette dont il est tenu *envers un tiers*, et "qui a lieu toutes les fois qu'il est poursuivi pour cette dette."

Pothier n'exige pas, comme on le voit, pour qu'il y ait lieu à la garantie simple, proprement dite, que l'obligation d'acquitter le débiteur, Défendeur à l'action originaire, ait été contractée par l'acte même, ou le titre de créance, sur lequel repose cette action originaire, en d'autres mots, il n'exige pas que celui qui est appelé en garantie se soit lui-même personnellement obligé envers *le tiers*, créancier principal, par une convention directe, intervenue entr'eux, conjointement avec le débiteur assigné par ce tiers, et se portant à son tour Demandeur en garantie. Il suffit donc, suivant Pothier, que l'obligation d'acquitter existe, n'importe par quel titre, de quelle manière et en quel temps elle a pu être contractée de la part du garant au profit du garanti. Il me semble que cela

(1) Proc. Civ. Ed. de 1809, p. 33.

présente une idée exacte de la nature et de l'étendue de la garantie simple, car dans cette matière, il ne s'agit pas pour combattre le créancier originaire, de substituer à son débiteur personnel qu'il a actionné, un autre débiteur dont la mise en cause permettra au premier d'en sortir comme dans le cas de la garantie *formelle ;* point du tout, puisque le Défendeur à l'action originaire, étant obligé personnellement envers le créancier qui le poursuit, reste toujours sa partie adverse dans la cause, toujours passible des conclusions que ce créancier a prises contre lui et qui peuvent lui être adjugées, si son action est bien fondée. Il ne s'agit en garantie simple, que d'un contrat ou d'une obligation, qui est intervenu entre le garanti et le garant.. L'action récursoire qui en nait, est en quelque sorte une action en *indemnité*, par laquelle le premier appelle le second à venir faire cause commune avec lui pour l'aider, en exécution de son engagement, à repousser la demande originaire ou à subir à son tour, par contre coup, les condamnations qui, sur cette demande, pourront être prononcées contre le garanti. Dans le cas de garantie simple, " le Demandeur originaire," dit Poncet, (I) "n'a et " ne peut avoir d'autre partie directe au procès que le Défendeur par lui assigné ; " or le Jugement ne peut être rendu qu'entre parties. Le garant n'a en consé- " quence que le droit d'intervenir sans pouvoir prendre en main pour le garanti, " et celui-ci de son côté ne peut que l'appeler dans la cause, *pour défendre con-* " *jointement avec lui à la demande originaire.*

Mais l'Intimé, tout en admettant "que les appelants pouvaient avoir une action à exercer contre lui," prétend néanmoins que ce *n'était pas une action en garantie* (2), et il ajoute que " les appelants ont confondu la responsabilité avec la garantie." Suivant lui, nul individu ne peut être appelé comme garant simple, dans une action originaire, à moins qu'il ne soit lui même obligé personnellement envers le créancier principal, conjointement avec le Défendeur originaire qui serait, par exemple, sa caution, ou son co-obligé solidaire, "La position du créancier, dit-il, dans son *factum*, ne peut être changée ; *c'est à l'époque du contrat qu'il faut se reporter* pour savoir si le débiteur a un garant ou non." Il est vrai que les deux cas de la caution et du co-obligé solidaire sont ceux qui le plus ordinairement, dans les transactions de la vie, donnent lieu à l'action en garantie simple. Aussi les trouve-t-on seuls cités par plusieurs des auteurs qui ont écrit sur cette matière ; et la manière dont s'expriment quelques uns de ces auteurs pourrait, de prime abord, porter à croire qu'ils restreignent à ces deux cas seuls le droit d'exercer l'action en garantie simple ; c'est, il me semble, une erreur que de leur attribuer ce sentiment, et par conséquent l'appelant a eu tort de partager cette erreur, comme il l'a fait en écrivant dans son *factum* : " *du reste*, les cas de recours en " garantie sont déterminés par la loi, et ne peuvent être l'objet de conventions " particulières en dehors des cas prévus." Evidemment, outre le cas de l'endosseur d'un billet à ordre qu'il cite, il fait ici allusion à la caution et au co-obligé solidaire. Il n'a pas voulu voir que les auteurs qui posent ces deux cas, ne les posent que comme exemples et comme étant les cas les plus ordinaires de l'ex-

(I) Des actions, No. 212.
(2) (Voir son *factum*.)

Gauthier et al., v. Darche.

ercice de l'action en garantie. Serpillon, l'un deux, s'exprime ainsi (1): La garantie simple s'intente par *exemple* par un co-obligé..... "Il ne s'agit *ordinairement* que de la *contribution* à une dette pour le montant de laquelle chaque partie est obligée *personnellement*, &c., &c." Rodier (2) "*comme si* un co-obligé solidaire, &c." Bioche, (3). "Telle est la garantie du débiteur envers sa caution qu'on actionne, ou celle du débiteur solidaire envers son co-débiteur. Boncenne, "*comme si* étant caution solidaire d'un prêt fait à Jean, &c." Lange dans son "praticien français," t. 1, p. 441, "comme par *exemple* un co-obligé, &c." D'après la manière de s'exprimer de ces auteurs, surtout lorsqu'elle consiste principalement à proposer des *exemples*, on ne serait certainement pas justifiable de leur attribuer l'opinion qu'il ne peut y avoir lieu à l'action en garantie que dans les cas qu'ils citent.

J'ai déjà dit que l'action en garantie simple naissait de l'obligation d'indemniser. En effet, c'est ce qui est écrit en toutes lettres dans l'ouvrage auquel l'appelant a plus particulièrement appelé notre attention, la nouvelle collection de Denisart, au mot "garantie," p. 168: "la raison de la différence de la nature "de l'intervention dans la garantie simple et dans la garantie formelle, vient de "ce que, comme l'observe, Sallé sur le titre 8 de l'ord. de 1667," la dénonciation appelée garantie simple, *ou reçours d'indemnité*, n'a jamais pour objet que d'obliger le garant *à se joindre avec le garanti pour faire ensemble cause commune.*"

L'Intimé veut bien admettre qu'en vertu de l'acte du 29 septembre, 1851, "les appelants pouvaient bien avoir une action à exercer contre lui;" c'est sans doute dans le cas où, l'Intimé persistant à ne pas remplir ses engagements envers eux, ils auraient, sur l'assignation de M. Marchand ou après condamnation intervenue contre eux, payé ce dernier en principal, intérêts et frais, et auraient ensuite par la voie directe et principale, exercé une action récursoire contre l'Intimé. Peut-on concevoir qu'une telle action de sa nature, dans son objet et dans ses résultats, n'eût pas été, à toutes fins quelconques, une action d'indemnité née du contrat du 29 Septembre 1841, et par conséquent une action en garantie simple proprement dite? Or quel obstacle pouvait-il y avoir à ce que, par une mise en cause de l'Intimé dans l'instance originaire, au moyen d'une action accessoire ainsi qu'on désigne quelquefois l'action en garantie simple, ce recours en indemnité fut exercé par les appelants au moment même de l'introduction contr'eux de l'action de M. Marchand, aussi bien qu'on admet qu'il aurait pu l'être après condamnation intervenue sur cette première action? Avant d'exercer ce recours pour forcer l'Intimé à remplir ses engagements, les appelants devaient-ils attendre que leur ruine fut consommée par l'exécution d'une sentence obtenue contr'eux par leur créancier? cela répugnerait à toute idée de justice et d'équité.

D'un autre coté, puisqu'on semble admettre que la voie de recours, par une action directe, comme action principale, était en tout temps ouverte aux appelants, ne peut-on pas se demander si l'action en garantie simple, même lorsque l'un de

(1) Sur l'Ord. de 1667, tit. 8 art. 1 et 12, p. 82 et 92.
(2) " " " " Ed. de 1761, p. 105.
(3) Bioche, Dict. de Proc. *verbo* garantie simple, No. 2.

ses objets est une mise en cause, dans une instance originaire, n'est pas toujours une action principale, du moins en ce qui concerne le garanti et le garant? "L'action en garantie, dit Poncet, déjà cité (sous le No. 215), peut être ou "accessoire ou principale, suivant les circonstances, et même redevenir principale, "après avoir été accessoire." Boncenne, (1) "considérée dans ses rapports avec "l'instance primitive, la demande en garantie est une exception dilatoire, comme "dit la loi; ce n'est qu'un incident, une sorte d'épisode. Mais entre celui qui la "forme et celui contre lequel elle est formée, c'est le premier pas de la poursuite, "*c'est véritablement une action principale*, qui doit subir à ce titre les deux "degrés de jurisdiction. Le garant ne pourrait donc être amené de prime saut "dans une cause d'appel."

Goubeau de la Billenerie, Traité des Exceptions, p. 251, après avoir fait remarquer qu'en garantie formelle, le Demandeur originaire est obligé d'accepter le garant pour sa partie adverse, il ajoute en garantie simple, au contraire le garant est toujours exposé à l'action du Demandeur par voie directe et principale.

Que l'on remarque que le rapport de l'action originaire intentée le 19 mars, était fixé au 12 avril suivant; que, sans attendre ce rapport, les appelants ont, dès le 31 mars, formé contre l'Intimé leur action récursoire, l'appelant à comparaître seulement le 5 mai. Il n'y a pas encore eu de jonction entre les deux causes, elles peuvent être inscrites et jugées séparément, et à des époques différentes. Jusqu'ici il ne paraît pas que rien ait empêché M. Marchand de procéder sur son action. Qui sait même s'il n'a pas depuis obtenu condamnation contre les appelants; est-ce que, dans ces circonstances, l'action de ces derniers ne doit pas être regardée comme une action principale à toutes fins quelconques, procédant valablement contre l'Intimé, en exécution de son contrat? Est-ce que dans l'esprit de nos lois de *procédure*, si l'action des appelants pouvait être intentée en tout temps, cette conclusion de leur demande à savoir, "que le Défendeur soit en outre condamné à leur payer et rembourser toutes sommes de deniers auxquelles ils pourraient être condamnés au profit du dit François Marchand," n'est pas une conclusion suffisante dans une action fondée sur un contrat tel que celui dont il s'agit? Est-ce qu'une telle conclusion ne devrait pas être adjugée par elle-même, quand même il n'y aurait pas lieu d'accorder celle qui tend à une mise en cause dans l'action originaire? Quelle autre conclusion voudrait-on donc qu'ils eussent prise, si on ne va pas jusqu'à émettre la prétention insoutenable qu'ils ne pouvaient pas exercer de recours contre l'Intimé avant d'être condamnés, sinon même exécutés, sur la demande de leur créancier?

Pothier n'est pas le seul auteur à citer contre la proposition de l'Intimé que, pourqu'il y ait lieu à la garantie simple, il faut que la personne assignée comme garant, soit elle-même personnellement obligée envers le créancier du garanti, et qu'il faut dans ce cas remonter au contrat originaire, pour savoir si le débiteur a un garant ou non.

Ravaut, dans son traité de la procédure civile, p. 18, dit: "la garantie simple "est celle qui a lieu en toute matière, lorsque celui qui est assigné est obligé "personnellement, mais a des garants de l'obligation *à quelque titre que ce soit.*"

(1) Proc. civ.

Gauthier v. Darche.

Rodier, déjà cité, p. 105: "Le garant simple est celui qui est tenu par le droit, *ou par convention*, de relever et indemniser celui qui est recherché par action personnelle, &c."

Bornier, sur le titre 8 de l'ord. de 1667, p. 49.

"La garantie simple a lieu en actions personnelles descendant des *contrats et stipulations formelles*."

Goubeau de la Billenerie, déjà cité, p. 249, "La garantie est une action récursoire qui résulte, ou de la disposition de la loi, *ou d'une convention expresse* au moyen de laquelle une partie a le droit d'obliger un tiers à prendre sa défense à faire sa cause propre d'une demande formée contre elle, *ou de faire retomber sur ce tiers une condamnation prononcée contre elle*."

L'Intimé, en lisant tout l'article qu'il nous a cité du nouveau Dénisart, au mot "garantie", y verra rapportée une espèce qui milite contre sa proposition. Bonnefoi cède à Parmentier un bien chargé de cens, moyennant 12 livres et 5 sols de rente, payables chaque année le 8 juin. Parmentier, preneur à rente avec la clause de fournir et faire valoir, vend le même bien à Crapart, à la charge, entr'autres, d'acquitter les 12 livres 5 sous de rente.

"C'est après cette vente que Bonnefoi, bailleur, attaque Parmentier, preneur pour voir dire qu'il sera condamné à lui passer titre nouvel de la rente de 12 livres 5 sols, et à lui en payer les arrérages. Parmentier *met en cause* Crapart, et sans que Bonnefoi intente une action contre Crapart, détenteur du bien baillé à rente, sentence intervient à la justice de Brécy, le 6 juillet 1758, qui, d'une part, condamne Parmentier à passer à Bonnefoi titre-nouvel des 12 livres 5 sols de rente, et surcens, en payer les arrérages jusques et compris le 8 juin 1758, sans préjudice de l'année courante, et d'autre part, condamne Crapart à *garantir et indemniser* Parmentier des condamnations contre lui prononcées au profit de Bonnefoi, en ce qui concerne les arrérages de la rente et surcens."

A l'occasion de l'incident auquel donna lieu la question de savoir si la sentence obtenue par Bonnefoi contre Parmentier, pouvait être exécutée contre le garant de celui-ci, les auteurs du nouveau Dénisart, en soutenant la négative, font remarquer que l'article que l'on invoquait de l'ord. de 1667 (art. 11 du titre 8) ne s'appliquait qu'à la garantie formelle, et non à la garantie simple, et que, dans l'espèce, la garantie dont Crapart était tenu envers Parmentier n'était qu'une garantie simple. Bien que Crapart ne fut pas partie à la concession faite par Bonnefoi, et ne se fut pas obligé personnellement envers lui, l'action en garantie de Parmentier, et par suite, *la mise en cause* de Crapart, n'en furent pas moins admises, comme procédant valablement.

Lange est au nombre des auteurs qui citent principalement le cas du co-obligé solidaire, dans son "Praticien Français," (t. 1, 15e édition, p. 443); il s'exprime ainsi: "Je m'oblige solidairement avec Pierre au paiement d'une somme de 3,000 livres; mais parce que toute la somme est touchée par Pierre, et qu'elle tourne entièrement à son profit, il me passe une indemnité, par laquelle il s'oblige de m'acquitter envers le créancier, *par le moyen de quoi il est certain qu'il est mon garant*. Si donc il arrive que je sois poursuivi par le créancier pour le paiement de cette somme de 3,000 livres, je serai en droit de le faire

" *appeler en garantie pour faire cesser la poursuite de ce créancier, et m'en ac-*
" *quitter et indemniser tant en principal que dommages-intérêts et dépens.*"

Remarquons que cet exemple est posé pour démontrer, non pas tant qu'en pareil cas il y a lieu à la garantie contre Pierre pour sa propre moitié de la dette que son co-obligé aurait payée au créancier, mais bien encore que la garantie s'étend contre Pierre à l'autre moitié, que son co-obligé eût été obligé de payer sans recours contre lui, si celui-ci ne l'eut pas touchée et *n'eut pas passé au premier une indemnité :* c'est donc en vertu de ce contrat subséquent d'indemnité, intervenu entre les deux débiteurs seulement, qu'il y a lieu à la garantie pour cette même moitié. La garantie peut donc naître, *descendre*, comme dit Bornier, d'une *stipulation* entre le garanti et le garant, sans que le créancier originaire ait été partie à cette stipulation.

Nous lisons dans Chauveau sur Carré, (3e ed., t. 1, p. 299) : " Le Demandeur " peut-il mettre en cause le garant du Défendeur ?" L'on répond : " Nous pen-" sons qu'il faut distinguer ; ou le garant est absolument étranger au Deman-" deur *et ne doit garantie qu'au Défendeur* en cas de condamnation contre ce " dernier ; ou le garant est obligé à la garantie envers le Demandeur lui-même. " Le Demandeur n'ayant aucun intérêt à mettre en cause un garant *qui n'est* " *obligé qu'envers le Défendeur*, il ne serait pas juste qu'il put l'assigner et le " distraire ainsi de ses juges naturels, malgré le Défendeur originaire, qui " n'use pas de la faculté que la loi lui donne. . . ."

Voici comment s'exprime Boncenne (Proc. Civ., t. 3, 2e éd., p. 380,) après avoir dit qu'en garantie simple il n'y a point de prise de fait et cause : " Ce " serait une merveilleuse commodité pour votre débiteur que de mettre à sa " place et livrer à vos rigueurs une figure de répondant *à qui vous n'auriez pas* " *voulu prêter une obole.*" Et p. 360, l'auteur cite un arrêt de la Cour de Poitiers, du 28 juin 1835, dans lequel on lit : " Attendû que M. (le Demandeur " originaire) n'a dû assigner et n'a assigné en effet que G. seul (le Défendeur), " que si, dans le cours de l'instance, le dit G., de son côté, a cru devoir assigner " *en garantie* la dame G. son épouse, cette demande n'ayant pu constituer la " dame G., défenderesse à l'action de M., *qui n'avait pas de conclusions à pren-*" *dre contre elle ;* il n'a pu résulter de ce qu'elle a fait défaut, qu'il fût obligé de " procéder à son égard suivant ce qui est prescrit par l'acte 158 du code de " procédure."

Parlant du cas où l'action en garantie n'aurait été intentée qu'après le délai voulu, et où il y aurait eu défaut de la part des garants, Boncenne (p. 395) dit, entr'autres choses : " Faut-il de plus que le Demandeur originaire soit tenu de " laisser joindre à sa cause le profit du défaut encouru par des tiers, de lever, " de signifier le jugement de jonction, de les ré-assigner et de mettre dehors " beaucoup d'argent pour agencer une procédure qui ne lui appartient pas ? Je " prie que l'on me dise quelles conclusions il aura à formuler contre des gens " *avec lesquels il n'a point contracté, desquels il n'a rien à réclamer*, et qui ne " comparaîtront peut-être, en définitive, que pour contester la garantie. Il n'au-" rait eu *aucun droit, aucun titre, aucune qualité* pour les assigner, et on " veut qu'il les assigne."

Gauthier v. Darche.

Je me suis attaché à citer principalement les auteurs qui ont traité de la procédure, comme étant ceux dont les opinions doivent nécessairement avoir le plus de poids sur la question qui nous occupe; et à l'aide de ces citations, il me semble avoir établi que la proposition de l'Intimé, que nul individu ne peut être appelé en garantie, s'il n'est pas en même temps co-obligé du garanti envers le Demandeur originaire, n'est pas une proposition soutenable, et que la garantie simple peut naître de conventions licites, intervenues entre le garanti et le garant exclusivement. Or l'on sait que c'est un vaste champ que celui des conventions.

L'Intimé s'est encore mépris lorsqu'il a dit que "les appelants avaient confondu la responsabilité avec la garantie." Les Appelants procèdent contre l'Intimé en vertu d'un contrat; c'est à l'exécution de ce contrat qu'ils veulent le contraindre, par leur action en garantie. Or en droit, la garantie se distingue de la responsabilité proprement dite, en ce que, comme s'exprime Sourdat, dans son traité de la responsabilité (t. 2, No. 760), "l'obligation du garanti est la conséquence d'une convention expresse ou tacite, et naît toujours à l'occasion d'un contrat, formé entre le garanti et le Demandeur en garantie", et que "la responsabilité civile, au contraire, a lieu indépendamment de toute convention entre la partie lésée et la personne responsable."

"Le mot garantie, lit-on au même mot dans le Dictionnaire de Dalloz, t. 3, art. 1, No. 4, "s'applique spécialement à l'exécution d'un contrat, etc.... La responsabilité ne dérive pas d'un contrat, mais de ce principe d'équité naturelle qui est que chacun répare le dommage causé par son fait."

Il est évident d'après toute la teneur de l'acte du 29 septembre 1841, que l'intention des parties était que l'Intimé, en contractant l'obligation d'acquitter toutes les dettes de la société commerciale des Appelants, fut soumis à un recours en indemnité de leur part, si, à raison de sa négligence à remplir cette obligation, ils étaient eux-mêmes troublés et poursuivis par leurs créanciers. C'était à l'Intimé à éteindre lui-même ces créances, ou à en remettre le montant aux Appelants pour que ceux-ci pussent les acquitter. Ne l'ayant pas fait, il a, dans le cas actuel, donné lieu, contre lui à l'action récursoire, et cette action ne saurait être autre chose qu'une action en garantie simple.

Si donc il y avait lieu à cette action, le demandeur originaire était obligé de subir son introduction, et par conséquent les délais nécessaires, prescrits par l'ordonnance de 1667, car ces délais s'appliquent à la garantie simple comme à la garantie formelle. Il pouvait y avoir jonction des deux demandes pour être instruites et jugées en même temps, si cela pouvait convenablement se faire sans trop retarder le Demandeur originaire dans sa poursuite et lui porter préjudice. Ou les deux demandes pouvaient rester *disjointes*, comme elles paraissent en effet l'avoir été jusqu'à présent, et dans ce cas rien n'a dû empêcher M. Marchand de procéder sur la sienne; ou bien encore, quand même elles eussent d'abord été *jointes* dans l'espoir de les terminer ensemble par un seul jugement, elles pouvaient toujours être *disjointes*, du moment qu'il aurait été justifié que la demande originaire se trouvait plus tôt que la seconde en état d'être jugée, (1) c'était au tribunal qui en était saisi à exercer sa discrétion quant à l'opportu-

(1) Boncenne déjà cité p. 394.

nité de cette jonction ou de cette disjonction, selon les circonstances, toujours en ayant soin de faire en sorte que la position du Demandeur ne fut pas, inutilement ou sans nécessité, aggravée par le fait de l'intervention du garant.

Je me serais abstenu de discourir aussi longement sur cette question, si on ne nous eut pas cité deux jugements rendus à Montréal antérieurement à celui dont est appel, par lesquels l'Intimé a prétendu que la même question avait été décidée dans le même sens. Le premier a été prononcé le 21 mai 1845, dans une cause de Lemesurier et autres, Demandeurs, contre Gingras et Leblanc, sur une motion de ces derniers à l'effet d'obtenir un délai pour mettre en cause leur garant simple. Le jugement qui rejette cette motion n'est pas motivé. Peut-être y eut-il lieu pour la Cour d'exercer sa discrétion, et de dire que, dans les circonstances, c'eût été injustement retarder les Demandeurs dans leurs procédés sur leur action, et leur porter préjudice. Toujours est-il que l'on voit qu'une seconde motion fût faite à l'effet d'obtenir la révision de ce premier jugement, et qu'elle fût également rejetée.

Le second jugement cité est plus récent; il a été rendu le 25 mai 1852, sur une action en garantie de Voligny et autres, contre Rodden, introduite en conséquence d'une première action à la poursuite d'un nommé Orvis, de Burlington, dans l'état de Vermont, contre Voligny et Consorts. Ceux-ci s'étaient engagés envers Orvis à transporter certains effets de commerce de Northgore dans le Haut-Canada à un port du Lac Champlain. Par une convention intervenue subséquemment entre Voligny et Consorts d'un côté, et Rodden de l'autre, celui-ci s'était chargé d'effectuer le transport en question de Montréal au Lac Champlain. Voligny et Consorts ayant été poursuivis par Orvis à raison d'inexécution de leur contrat, appelèrent Rodden en garantie, concluant contre lui à ce qu'il eût à faire cesser la demande originaire, ou à les indemniser des condamnations qui pourraient être prononcées contre eux sur cette demande. Rodden présenta une *défense au fonds en droit* à l'action en garantie, prétendant que telle action ne procédait pas contre lui. Le jugement qui maintient cette défense et déboute en conséquence Voligny et Consorts de leur action est ainsi motivé : "Considering that it did not appear by the allegations in the said declaration *en garantie* that the Defendant *en garantie* was party to the original contract between the said Plaintiff *en garantie* and the said Abraham Orvis in the said declaration mentioned, or that he the said Defendant *en garantie* did undertake to and in favor of the Plaintiffs *en garantie* to fulfil and perform towards the said Abraham Orvis said contract as to warrant them the Plaintiffs *en garantie* against any claim which the said Abraham Orvis might have or pretend against them by reason of the non fulfilment of the said contract."

La dernière partie du *considérant* pourrait faire croire que, dans l'opinion du tribunal, il y avait insuffisance dans les énoncés de la déclaration en garantie. Cependant la première partie ne laisse pas de doute que ce jugement maintient, en principe, que, pour qu'il y ait lieu à l'action en garantie, il faut que le garant ait été partie au contrat d'où est née l'action originaire; et en cela, il justifie l'Intimé de l'avoir invoqué à l'appui de sa défense. Il n'y a pas eu d'appel de ce jugement. Et je dois dire de ce jugement, (faisant abs-

Gauthier v. Darche.

traction des circonstances particulières dans lesquelles il a pu être rendu), qu'il me paraît, de même que celui dont il s'agit en la présente instance, reposer sur un principe erroné, à moins donc que je ne me sois fait illusion sur le sens des nombreuses autorités que j'ai citées à l'appui du principe contraire. Du reste, l'arrêt que je vais rapporter n'est pas de nature à me faire revenir de cette illusion, si toutefois c'en est une ; on le trouve dans le recueil de Sirey, t. 17, p. 299.

Hugot, marchand de vins à Beaune, avait expédié par l'intermédiaire de Mineur, commissionnaire à Charleville, deux feuillettes de vins destinées, l'une au sieur Alexandre, de Verdon, l'autre au sieur Justan, de la même ville.

Mineur ayant à son tour confié ce transport à Juillon Compérat, commissionnaire à Sédan, celui-ci présenta par erreur au sieur Alexandre la feuillette destinée au sieur Justan, et au sieur Justan celle destinée au Sieur Alexandre, qui refusa de la recevoir ; ce qui obligea le voiturier à la déposer dans un magasin du lieu où elle périt en totalité.

Hugot ayant eu avis de cette perte, en prévint le sieur Mineur qui se reconnut responsable, en conséquence Hugot tira sur lui une lettre de change de 274 francs, pour la valeur de la feuillette. Cette lettre ayant été protestée, le preneur traduisit en reprise, devant le tribunal de commerce de *Beaune*, le sieur Hugot, qui appela en garantie *Mineur*.

Mineur, de son côté, exerça *devant le même tribunal* son recours contre Juillon Compérat, prétendant que celui-ci ayant laissé périr le vin par sa faute, devait en supporter la perte.

" Juillon Compérat déclina aussitôt la juridiction de ce tribunal. Il soutint qu'étant domicilié à Sédan, il ne pouvait être distrait de ses juges naturels sans une cause légitime ; qu'il n'avait ni créé, ni accepté, ni endossé, ni autrement signé la lettre de change ; que si la perte du vin donnait lieu à quelqu'action, cette action n'était point de la compétence du tribunal de *Beaune*, qu'il n'avait pas dépendu de Mineur, *en s'assujétissant arbitrairement à ce tribunal*, de l'y assujétir lui-même ; qu'ainsi, sous aucun rapport, il ne pouvait être distrait des juges de son domicile."

Par un premier jugement du 5 février 1816, le tribunal de commerce de *Beaune* rejeta le déclinatoire, et ordonna de plaider au fonds, par le motif qu'étant compétent pour connaître du recours du sieur Hugot contre Mineur, il l'était pour connaître de *celui de Mineur contre Juillon Compérat*.

Passant ensuite au fond, par un second jugement du 6 mai de la même année, le même tribunal condamna le Sieur Hugot à reprendre la traite, lui accorda sa garantie contre Mineur, et *condamna Juillon Compérat à garantir et indemniser Mineur des condamnations prononcées contre lui*.

Juillon Compérat a demandé la cassation de ces deux jugements... en ce que le tribunal de Beaune s'est reconnu compétent pour connaître du recours exercé contre lui par Mineur, et y a statué nonobstant son incompétence.

L'arrêt casse et annulle les deux jugements à raison de l'incompétence alléguée, sur le principe que, dans l'espèce, Juillon Compérat n'a pu être distrait par Mineur des juges de son domicile, et être par lui traduit devant ceux de Beaune, en garantie d'une lettre qu'il n'avait pas signée.

Mais de même que les deux jugements cassés seulement à raison d'*incompétence* du premier tribunal, le considérant suivant de l'arrêt de la Cour de Cassation, fait voir que le droit de Mineur de se pourvoir en garantie simple, contre Juillon Compérat n'a jamais été mis en question.

Gauthier v. Darche.

" Attendû qu'il n'a pas non plus été permis à Mineur de l'attirer devant les juges de Beaune sous prétexte que la garantie exercée contre lui par Musy-Hugot, avait pour cause la valeur du vin confié pour le transport, par ce dernier à Mineur et par celui-ci à Juillon Compérat, par la faute duquel ce vin aurait péri, puisqu'à raison de cette perte, Musy-Hugot ne pouvait agir contre Mineur que devant le tribunal de Charlesville, juge du domicile de ce dernier, ni Mineur se pourvoir contre Juillon Compérat que devant le tribunal de Sédan, juge du domicile de celui-ci, à moins que Musy-Hugot n'eut porté son action devant les Juges du domicile de Mineur, *auquel cas seulement celui-ci aurait pu attirer Juillon Compérat devant ces mêmes juges, par voie de garantie.*"

L'espèce que je viens de citer, se trouve aussi dans les " Questions de Droit " de Merlin, 3e Ed., in 4o, de 1820, t. 4, sous les mots " Lettre de change," § 4, p.p. 141 et suivantes, où sont également rapportées trois autres espèces de même nature. Il y est question principalement, il est vrai, de contestation préliminaire au sujet de la jurisdiction, soulevée par des demandes en règlement de juges. Ceci est particulier à l'organisation judiciaire en France, et tout-à-fait étranger à la nôtre, mais dans chacune de ces espèces, le recours en garantie simple n'est pas révoqué en doute, bien que le Défendeur en garantie n'ait pas été partie au contrat intervenu entre le garanti et son créancier demandeur originaire et ne soit pas obligé personnellement envers ce dernier. (Arrêts de la Cour de Cassation, 21 Thermidor, an 8, St. Clément v. Rouzeau, et Porthon, mis en cause. 22 Frimaire, an 9, Gehier St. Hilaire vs. Leprieur, 12 Fév. 1811, Couturier v. Paillet et Labbé.)

Caron, J.—La question élevée par la défense de l'Intimé, et confirmée par le jugement de la Cour peut se formuler comme suit :

" Les Demandeurs en garantie, Gauthier et Bourgeois, poursuivis dans l'action " originaire par Marchand, n'avaient pas contre Darche l'action en garantie, par- " ce que l'obligation qu'il est allégué avoir contractée envers eux, ne résulte pas " du contrat sur lequel est fondée l'action originaire."

Ainsi, la question qu'il s'agit de résoudre est celle de savoir, si d'après les allégués de la déclaration, l'Intimé est ou n'est pas en loi le garant simple des Appelants.

La Cour Inférieure en décidant cette question négativement n'a donné que des motifs généraux desquels il est difficile de se former une idée précise de la base sur laquelle repose sa décision. Mais lors de l'audition, l'Intimé a expliqué ces motifs, et suivant ce qu'il en a dit ils peuvent se réduire aux deux propositions suivantes :—

1o. L'Intimé n'est pas le garant simple des Appelants, parce qu'il n'a pas été partie au contrat ou à l'obligation originaire, sur laquelle est fondée l'action principale, entre eux et Marchand.

Gauthier v. Darche.

2o. Il n'est pas leur garant, d'après les termes mêmes sous lesquels il s'est obligé envers eux, dans l'acte sur lequel est basée leur action en garantie.

Pour établir sa première proposition " qu'il n'y a pas de garantie possible que contre ceux qui ont été parties au contrat principal ; l'Intimé n'a cité ni lors de l'audition de la Cour, ni depuis, aucune autorités directes et précises, il s'est fondé exclusivement sur des inférences et des inductions qu'il tire des principes qu'il regarde comme applicables à la question et favorable à la thèse qu'il soutient. V. G., bon nombre de ses citations fournies depuis que la cause est en délibéré, sont pour établir que celui qui étant poursuivi, a *un garant simple*, a, pour l'assigner, et mettre en cause, les mêmes délais que ceux applicables au garant formel. Cette proposion qui ne souffre aucune difficulté et que l'on ne saurait contester est émise de la part de l'Intimé pour faire voir l'injustice qu'il y aurait de permettre que le créancier principal fut retardé et entravé dans la procédure qu'il a eu droit de porter contre son débiteur, avec lequel seul il a contracté, et cela par une action incidente, à laquelle il n'avait raison de s'attendre, qui ne le regarde en rien, qui ne peut l'affecter en aucune manière et dont le résultat quant à lui doit être parfaitement nul. Tout cela peut être vrai et l'est réellement, sans cependant affecter aucunement la question sous examen. Elle reste, nonobstant cette injustice apparente ou réelle, ce qu'elle a d'abord été posée. L'Intimé est-il le garant des Appelants et s'il est leur garant ils avaient droit de le mettre en cause dans les délais légaux, malgré le préjudice que cet appel pouvait causer au Demandeur principal, qui ne s'en plaint pas, et qui au reste n'aurait pas droit de s'en plaindre,

" Le Défendeur assigné peut appeler dans la cause son garant et le forcer à " y prendre qualité. Le Demandeur originaire qui n'a rien à démêler avec le " garant, doit cependant se prêter à sa mise en cause, parce qu'il importe à l'ordre " public de diminuer le nombre des procès." Poncet, actions, No. 213.,

Mais si l'Intimé n'était pas garant, son procureur a eu probablement raison de dire, sans s'exposer au reproche qu'il excipait du droit d'autrui, que la position du Demandeur ne peut pas être changée sans son consentement, à moins que la loi ne l'ordonne en termes exprès, tel qu'elle le fait au cas de garantie formelle ou simple. Car le silence gardé sur le sujet par le Demandeur principal pour le moment, n'est pas suffisant pour rassurer l'Intimé s'il se laisse introduire dans une instance où il n'a pas droit d'être ; plus tard, il peut s'entendre dire par ce Demandeur, qu'il est un intrus dans cette procédure, qu'il n'aurait pas du s'y laisser traîner et qu'il doit en être exclus.

Ainsi l'Intimé a intérêt et a droit de faire valoir, à l'encontre de cette demande en garantie, toutes objections légales, même celles qui paraissent particulières au Demandeur principal, lequel au reste, dans notre espèce, n'a pas encore eu l'occasion de proposer les objections qu'il peut avoir à émettre contre cette action en garantie, laquelle, d'après ce qui paraît par le record il n'a pas encore rencontré dans son chemin.

Ainsi, pour simplifier, nous pouvons supposer qu'à la demande en garantie en cette cause, c'est le Demandeur principal qui a opposé aux Appelants les objections que leur a faites l'Intimé en son exception et qu'il leur ait dit : "Je ne connais pas Darche ; je n'ai pas contracté avec lui, c'est vous qui êtes mes débi-

teurs et qui devez me payer, vous ne l'avez pas fait, je vous poursuis et je demande condamnation contre vous qui seul me devez. Quel droit avez-vous de me référer à un tiers qui m'est parfaitement étranger, et contre lequel, quoiqu'il arrive, je ne puis obtenir jugement? Si vous avez fait avec lui quelque contrat au sujet de votre obligation à mon égard, faites lui comme moi je vous ai fait, poursuivez-le, mais ne me faites pas partie à un litige qui peut ne m'être que préjudiciable, en me retardant et en compliquant l'exercice de mes droits. Et supposons encore que le Demandeur principal ait ajouté: "Ce serait autre chose si ce Darche que vous voulez ainsi introduire dans ma cause, eût été partie au contrat que nous avons fait ensemble, et sur lequel je vous poursuis. Dans ce cas, j'aurais dû m'attendre à le voir figurer dans nos démêlés judiciaires, lui ayant permis d'intervenir dans nos conventions. Comme il n'en a rien été, je ne le connais pas et ne veux pas le connaître. Eh bien, si le Demandeur principal eut tenu ce langage, la Cour devrait-elle dire que ces prétentions ainsi émises sont contraires à la raison, à la justice et à la loi.

J'avoue que ce langage me paraît très raisonnable, je n'y vois rien d'injuste, puisque le Demandeur en garantie peut obtenir aussi bien et plus facilement ce qu'il demande par son action en garantie, sujette à tous les inconvéniens que je viens de signaler, au moyen d'une action directe qui a tous les avantages de l'autre sans en avoir les désavantages et les difficultés.

Je suis surtout entraîné à cette opinion par l'autorité positive et directe que l'on trouve sur ce point au 3e vol. de Dalloz v. garantie, No. 8 où on lit, "de ce "que la garantie n'est qu'une convention accessoire, il suit qu'elle ne peut être "exercée que contre ceux qui ont été partie au contrat principal;" et je refère à Dalloz aîné, 12 vol. 872, No. 27.

Je me suis étendu plus qu'il ne fallait sur cette partie de la cause, quoique çà ne soit pas celle sur laquelle la Cour soit strictement appelée à se prononcer, ni celle d'après laquelle la contestation sur cet appel doit se décider. J'ai voulu cependant me prononcer sur la question abstraite si importante et qui peut se renouveler souvent, de savoir, si l'action en garantie simple compête contre quelqu'un qui n'était pas partie au contrat sur lequel est fondée l'action principale.

Sauf à-y revenir, je déciderais cette question dans la négative. Les arrêts cités pour combattre la doctrine que je soutiens, "que l'action en garantie simple ne compête que contre ceux qui ont été parties au contrat principal," me paraissent confirmer ce principe plutôt que le combattre, dans les circonstances particulières où les arrêts ont été rendus.

Mais passons à la seconde proposition de l'Intimé "d'après les termes mêmes "de l'acte entre les Appelants et l'Intimé, ce dernier n'est pas leur garant." Ces termes ont été rapportés plus haut, ils sont "s'oblige, payer et acquitter les dites dettes *à eux dits cédants à leur demande et lorsque eux-mêmes en seront requis et obligés.*"

Cette clause, il faut le convenir, diffère grandement de celle par laquelle le dit Intimé se serait obligé, comme il est d'usage de faire "à payer et acquitter les "dites dettes au dit F. Marchand, *à l'acquit et décharge* des dits cédants, à leur "demande et lorsque eux, les dits cédants seraient requis et obligés de faire les "dits paiements."

Gauthier v. Darche.

Par la première de ces clauses, (celle qui se trouve à l'acte) l'Intimé ne contracte aucune autre obligation que celle de fournir aux Appelants eux-mêmes, les fonds nécessaires pour les mettre en état de payer *eux-mêmes*, les dettes en question. Ces fonds ne devant pas être fournis que *lorsqu'ils seraient demandés* par les cédants, cette demande ne devait être faite que lorsque les dits Appelants seraient eux requis de payer et obligés de le faire par leurs créanciers.

D'après cette clause, Marchand n'avait contre Darche aucun recours quelconque, non seulement il ne pouvait pas lui demander son paiement, mais il n'aurait pas été obligé de l'accepter s'il le lui eût offert, (Poth. oblig. No. 600) d'un autre côté non seulement Darche n'était pas obligé de payer Marchand mais il ne pouvait le faire sans contrevenir à son contrat avec les Appelants, qui s'étaient réservés le droit de faire eux-mêmes le paiement, c'est à eux-mêmes que Darche devait remettre l'argent pour ce faire, s'il l'eut fait lui-même, les Appelants auraient eu droit de se plaindre, puisqu'il aurait été contraire à leur convention, qui, au reste, n'étaient pas par caprice, puisque de fait ils pouvaient avoir un intérêt à faire eux-mêmes leurs paiements afin de surveiller les quittances et décharges et pour autres causes qui peuvent facilement se supposer et qui sont telles à justifier les Appelants à insister sur l'exécution de la stipulation d'après laquelle l'argent devait leur être remis et non payé à leurs créanciers par l'Intimé.

Ainsi, l'Intimé n'était ni tenu ni autorisé à payer Marchand, ce qu'il était tenu de faire, c'était de remettre aux Appelants l'argent nécessaire pour le payer mais cela seulement lorsque le dit Intimé en serait requis de le part des Appelants, requisition qui ne pouvait lui être faite que lorsque, eux, les Appelants eux-mêmes, seraient obligés de payer.

D'après cette clause, l'Intimé n'était seulement pas le garant des Appelants, il n'avait pas entrepris de payer leurs dettes, pour qu'il fut leur garant, il faudrait dans les termes de Pothier, qu'il y eût eu de sa part "obligation con-"tractée d'acquitter les Appelants en tout ou en partie d'une dette dont ils étaient tenus envers un tiers." Telle n'est pas l'obligation qu'il a contractée, pour qu'il fut garant et qu'il y eut lieu à l'action en garantie, il aurait fallu que la clause eut été dans la forme transcrite plus haut en second lieu. La différence entre les deux est sensible et palpable dans le premier cas, pas de garantie, dans le second, il y aurait surement garantie si toutefois elle eut été faite dans l'acte principal. Quant à la convention qui se trouve dans notre espèce, quand même elle serait comprise dans l'acte principal, elle ne donnerait pas lieu à la garantie; elle donnerait bien droit à une action, mais ce ne peut-être qu'une action principale, dans laquelle l'on demanderait à l'Intimé que Marchand exige sa créance, que les Appelants sont obligés et requis de payer, et conduirait à ce que l'Intimé fut condamné à leur remettre le montant afin que la dite créance fut acquittée.

Je n'ai pas de doute que les Appelants avaient cette action, et je ne vais pas, avec le procureur de l'Intimé, si loin que de dire, que pour avoir action, les Appelants auraient dû payer la dette; non, d'après la clause, ils pouvaient sans payer, avoir l'action qui vient d'être mentionnée, action qui est bien différente de l'action en garantie.

Gauthier v. Darche.

Il est inutile de s'étendre plus longuement sur ce sujet; indépendamment de la première question discutée plus haut, les Appelants n'auraient pas eu l'action en garantie contre l'Intimé, dans le cas même où la clause sur laquelle ils se fondent, aurait été comprise en l'acte entre eux et Marchand, et que l'Intimé y eut été présent; prenez toutes les définitions de la garantie simple, que l'on trouve dans les livres, il n'y en aura pas une d'après laquelle la clause en question donnerait ouverture à l'action en garantie, prenons par exemple celle de Rodier.

"Le garant simple est celui qui est tenu par le droit et par la convention, de "*relever* et *indemniser* celui qui est recherché par action personnelle."

Surement que d'après notre clause, l'Intimé n'était pas tenu de *relever* ou *indemniser* les Appelants.

Le jugement doit être confirmé.

Le Défendeur en garantie (Darche) aurait-il pû de lui-même et sans le consentement du Demandeur principal et des Défendeurs principaux, intervenir dans la cause principale? Il me paraît que non.

Le jugement en appel est comme suit:—

La Cour, * Considérant que par acte de cession et transport fait et passé devant Mtre Archambault et son confrère, notaires publics, le vingt-neuf de septembre, mil huit cent quarante et un, en la paroisse de Ste. Marguerite de Blairfindie, les dits Augustin Gauthier et Edouard Bourgeois, cédèrent et transportèrent au dit Noël Darche toutes les marchandises et autres effets mobiliers appartenant à la société ci-devant existant entre eux, lesd its Augustin Gauthier et Edouard Bourgeois, et que par le dit acte le dit Noel Darche promit et s'obligea de payer toutes les dettes de la dite société faites et contractées depuis l'existence d'icelle jusqu'au jour de la date du dit acte, et de payer une somme de cinq cents livres du cours actuel que les dits cédants avaient empruntée de François Marchand pour laquelle somme les dits cédants avaient consenti en faveur du dit François Marchand, une obligation en date du premier février 1840, devant Mtre. L. A. Moreau et son confrère, notaires: Considérant que le dit François Marchand a intenté une action contre les dits Augustin Gauthier et Edouard Bourgeois pour le recouvrement de la dite somme de cinq cents livres courant et aussi pour le recouvrement de celle de deux cent cinquante livres même cours dûe par eux au dit François Marchand pour les causes mentionnées en sa déclaration: Considérant que le dit Noël Darche, par l'acte de cession et transport sus-mentionné s'est obligé de payer les dites deux sommes d'argent à l'acquit des dits Augustin Gauthier et Edouard Bourgeois, qui, en conséquence sont bien fondés à en réclamer le paiement ainsi qu'ils le font par leur présente action: Considérant que dans le jugement de la Cour Supérieure siégeant à Montréal, qui déboute les dits Augustin Gauthier et Edouard Bourgeois de leur dite action, il y a erreur; Infirme le dit jugement prononcé par la dite Cour le trentième jour de décembre mil huit cent cinquante six avec dépens contre l'Intimé en faveur des Appelants; Et la Cour procédant à rendre le jugement que la Cour de première instance aurait dû rendre, déboute le Défendeur de l'exception à la forme par lui plaidée en cour de première instance, le tout avec dépens.

Gauthier v. Darché.

L'honorable M. le juge Caron différant d'opinion.
Leblanc et Cassidy, Avocats de l'Appelant.
Cherrier, Dorion et Dorion, Avocats des Intimés.
(P. R. L.)

FROM THE DISTRICT OF MONTREAL.

QUEBEC, 18T JULY, 1857.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE, Bart., C. J., AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

No. 133.

DORION, AND AL., (*Plaintiffs in the Court below.*)
APPELLANTS.

AND

RIVET, (*Defendant in the Court below.*)
RESPONDENT.

F. R. et uxor gave to B. R. a land subject to donee giving to A. R. and N. R. each an *emplacement* of 90 feet by 2 arpents and allowing the two latter *leurs successeurs et ayant cause aux dits emplacements du droit de pacager sur la dite terre un cheval, un cochon, deux moutons et deux vaches pour chacun des propriétaires de chaque emplacement.*

Held, that the servitude in question is a *servitude réelle.*
That a *servitude réelle*, created before the coming into force of the registry ordinance need not be registered.
That as a *servitude réelle*, this right of pasturage goes with the land although not mentioned in the bequest.
That the *héritage servant* being divided so that the proprietor of the *héritage dominant* became proprietor of one-half of the former does not extinguish the right of such proprietor to make use of the *servitude* for a-half, on the other half of the *fond servant*, and that in the case in question it is reasonable for the Plaintiff to have the right of pasture for the whole animals each alternate year.
That the proprietor of the *héritage dominant* becoming proprietor of a portion of the *héritage servant* only extinguishes the *servitude pro tanto.*

Sir L. H. Lafontaine, Bart. Juge-en-Chef :—Il s'agit d'une question de servitude.

Le 19 septembre, 1825, donation entre vifs par François Rivet et sa femme, Thérèse Langlois, à Basile Rivet leur fils, d'une terre dans la paroisse de St. Sulpice, de trois arpents sur trente, dont ils détachèrent néanmoins deux emplacements, chacun de 90 pieds de front sur deux arpents de profondeur, l'un pour Alexis Rivet et l'autre pour Narcisse Rivet. Celui destiné à Alexis devait joindre la ligne de la terre du nommé Louis Rivet, et celui destiné à Narcisse devait joindre le premier. Le donataire devait fournir ces emplacements à ses deux frères à leur âge de majorité, et "*souffrir ces derniers,*" ainsi que le porte une clause de l'acte de donation, "*leurs successeurs et ayant cause aux dits emplacements du droit de pacager sur la dite terre un cheval, un cochon, deux moutons, et deux vaches par chacun des propriétaires de chaque emplacement.*"

Le 23 mars, 1840, Narcisse Rivet a vendu son emplacement à Benjamin Beaupré, "compris dans la dite vente et cession le droit de pacage, et autres droits "annexés au lot de terre ci-dessus, (c'est à dire cet emplacement) dont est char-"gée la terre d'où il procède suivant l'acte de donation ci-dessus relaté en partie, le "dit droit de pacage avec les charges auxquelles il était sujet." Ces *charges* consistaient dans l'obligation que l'acte de donation avait imposée à Narcisse

Rivet, ses successeurs et ayant cause " de fournir chaque année deux journées de " travail au dite Bazile Rivet ou à ses successeurs et ayant cause en la susdite " terre, pour faire les clotures chaque printemps sur icelle terre."

Lors de la vente par Narcisse Rivet à Beaupré, Bazile Rivet, le donataire, était décédé, et sa veuve, Charlotte Robillard remariée à Beaupré. Du premier mariage de Charlotte Robillard avec Bazile Rivet, était né un enfant, Délima Rivet, mariée depuis à Charles Dorion, l'appelant en cette cause. Dans l'acte de vente par Narcisse Rivet à Beaupré, il est déclaré que l'emplacement vendu touchait en profondeur et au sud-ouest à *monsieur et madame Beaupré* En effet la terre qui avait été originairement donnée à Basile Rivet, appartenait alors pour moitié à l'appelante, Délima Rivet, et pour moitié à sa mère, madame Beaupré, cette terre ayant fait partie des biens de la communauté qui avait existé entre celle-ci et le dit Bazile Rivet. Mais il faut remarquer que la moitié de cette terre, qui avait été dévolue à la veuve Bazile Rivet, n'était pas devenue la propriété de son second mari M. Beaupré; et qu'ainsi, quant au droit et à l'obligation de pacager sur cette moitié de la terre, il n'y avait pas eu, comme on l'a prétendu, de confusion en la personne de M. Beaupré, lorsque celui-ci fit l'acquisition de l'emplacement de Narcisse Rivet. Devenu propriétaire de cet emplacement, Beaupré avait le droit d'exercer, sur la moitié de la terre appartenant à sa femme, la servitude active qui avait été créée par l'acte de donation de 1825; car cette servitude avait été évidemment établie en faveur de l'emplacement. C'était une servitude réelle, c'est à-dire, due à la chose même.

Par son testament, en date du 16 novembre, 1842, M. Beaupré donne à l'appelante l'emplacement en question, s'exprimant ainsi: "Je donne et légue à Dé- " lima Rivet, enfant né du premier mariage de mon épouse avec feu Bazile Ri- " vet, l'emplacement que j'ai acquis de Narcisse Rivet, situé à St Sulpice, enclavé " dans la terre de feu son père et de sa mère."

L'intimé a prétendu que le testateur n'ayant pas fait mention spéciale de la servitude comme devant composer une partie du legs, on doit en inférer que sa volonté a été d'éteindre cette servitude. Je pense que, dans les circonstances, la présomption contraire est plus raisonnable. En effet, d'après la manière dont le testateur s'est exprimé, il me parait évident qu'il a voulu donner à Délima Rivet *tout* ce qu'il avait acquis de Narcisse Rivet par l'acte du 23 mars, 1840, puisqu'il prend soin de référer nommément à cette acquisition. Or, par cet acte, il avait acquis la servitude comme l'emplacement. Il me semble que pour opérer en pareil cas une extinction de la servitude, c'est-à-dire, pour l'exclure du legs, il eût fallu de la part du testateur une déclaration expresse de sa volonté à cet égard.

La servitude dont il s'agit est une *destination de père de famille.* Elle repose sur un titre *par écrit*, tel que l'exige l'article 216 de la Coutume de Paris. Ce titre est l'acte de donation du 19 septembre, 1825. Servitude réelle, constituée en faveur de la chose elle-même, étant dit que le droit de pacage appartiendra non-seulement à Alexis et Narcisse Rivet, mais encore à "leurs successeurs et ayants cause aux dite emplacements," cette servitude est devenue un *accessoire* de la chose *par sa destination.* Par une conséquence du principe qu'en général l'acces-

Dorion et al v. Rivet.

soire suit le sort du principal, " celui qui succède," lisons nous dans le nouveau-Denisart, au mot *Accessoire*, § 2, " à titre d'héritier, à la propriété de l'objet " *principal*, succède en vertu du même titre à la propriété des *accessoires* que " possédait son auteur; et si c'est par vente ou contrat équipollent, par donation " entrevifs, ou par *testament*, qu'on acquiert l'objet *principal*, on en acquiert *de* " *plein droit* les *accessoires*, biens qu'ils *ne soient pas mentionnés* dans la vente, la " donation, ou le testament."

" Ainsi les droits de *servitude*.....sont acquis *de plein droit* à l'héritier, " au donataire, au *légataire*, ou à l'acquéreur de l'héritage dont ces choses dépendent." Or, le droit de pacage dont il s'agit, étant une servitude qui, par sa destination, dépend de l'emplacement légué par le testament de M. Beaupré à la dite Délima Rivet, cette servitude étant due à la chose elle-même, il s'ensuit que ce droit lui a été acquis *de plein droit*, bien qu'il n'ait pas été mentionné dans le legs.

M. Beaupré étant décédé, la dite Charlotte Robillard a épousé en troisièmes noces le nommé Cyriac Chaput; et ces deux derniers ont, par acte du 11 septembre, 1854, vendu à l'intimé la moitié ouest de la terre en question, c'est-à-dire la susdite moitié appartenant à la dite Charlotte Robillard. Le titre d'acquisition de l'intimé a été enregistré le 28 octobre, 1854; mais l'acte de donation du 19 septembre, 1825, dit-il, ne l'ayant pas été, non plus qu'aucun acte constitutif ou récognitif de la servitude, ni aucun des actes produits par le demandeur au soutien de leur demande, " il en résulte, conclut l'intimé, " que " ce prétendu droit de servitude ne peut être exercé ni invoqué sur les immeu- " bles (comprenant la moitié de terre en question) acquis par lui *bona fide* à une " époque postérieure aux dits actes, en vertu d'un titre duement enregistré " comme susdit."

Des trois titres invoqués par les appellants, un seul est postérieur à l'ordonnance des bureaux d'enregistrement; c'est le testament de M. Beaupré; et il a été duement enregistré le 7 avril, 1843, plus de dix ans avant l'acquisition faite par l'intimé. Ainsi l'allégué d'absence de cette formalité, en autant que le testament pouvait y être compris, n'était pas un allégué exact. Quant aux deux autres titres, l'acte de donation du 19 septembre, 1825, et l'acte de vente du 23 mars, 1840, comme il sont antérieurs à l'ordonnance, et qu'ils ont trait, en autant qu'il s'agit de la servitude en question, à un droit réel, et par conséquent à une propriété d'une nature immobilière, ils ne sont tombés sous aucune des dispositions de cette ordonnance.

La quatrième section qui donne à la loi un effet rétroactif en l'appliquant à d'anciens titres qu'elle a soin de spécifier, ne comprend pas les actes d'aliénation, ou translatifs de propriétés immobilières. Que le droit de servitude dont il s'agit, soit un droit de cette nature, c'est ce dont les termes déjà cités, dans lesquels il a été établi, ne permettent pas, ce me semble, de douter.

" Si," dit Toullier, tom. 3, no. 382, p. 342, 5e édition, le droit est établi en fa- " veur d'une chose ou d'un héritage, ou, pour parler plus exactement, en faveur " du possesseur actuel de cet héritage, et *de ceux qui lui succéderont dans cette* " *possession*, la servitude est appelée réelle, c'est-à-dire, servitude due à la chose " même, parceque le lien est alors réel des deux côtés. La chose est obligée en-

" vers la chose; le droit est réel aussi bien que la servitude. Elle est tellement " due par la chose à la chose, que, si les deux héritages sont aliénés, l'héritage " servant continue d'être assujetti à la servitude envers le nouveau propriétaire " de l'héritage dominant, qui n'a plus d'action contre l'ancien propriétaire du " fonds servant, quoique cet ancien propriétaire ait constitué la servitude, car il " n'a pas eu l'intention d'obliger sa personne, mais seulement son héritage."

Les raisons qui précèdent, doivent avoir l'effet d'écarter les moyens sur lesquels reposent les deux premières exceptions de l'intimé. Quant à la troisième exception, elle est encore moins plausible que les autres. Les demandeurs n'étaient pas obligés, pour réussir dans leur action, d'alléguer et de prouver qu'ils avaient rempli ou offert de remplir l'obligation " de fournir chaque année deux journées de travail pour faire les clotures chaque printemps sur icelle terre." Si l'intimé est fondé à leur demander l'exécution de cette charge, il a son droit d'action contre eux, en cas de refus.

Ayant ainsi disposé des exceptions de l'intimé, j'arrive maintenant à la principale difficulté, à la question de savoir si les conclusions des demandeurs, telles qu'ils ont cru devoir les formuler, peuvent être maintenues.

Ce droit de pacage dont il s'agit, a été établi par l'acte de donation de 1825, sur la terre entière de Bazile Rivet, en faveur de l'emplacement de son frère Narcisse. La terre est ainsi devenue le fonds servant, et l'emplacement le fonds dominant. A la mort de Bazile Rivet, sa terre a été divisée en deux, une moitié appartenant à son héritière, l'appelante, et l'autre moitié à sa veuve Charlotte Robillard. Quand, en vertu du legs précité, Délima Rivet est devenue propriétaire du fonds dominant, il y a eu confusion de droits en sa personne, en autant que la servitude pouvait affecter la moitié de la terre, dont elle avait alors la propriété. Car personne ne peut avoir de servitude sur son propre fonds; l'extinction de celle qui existe est opérée par la réunion des deux héritages dans la même main. D'un autre côté, la servitude a continué d'exister en faveur du susdit fonds dominant, en autant qu'elle pouvait affecter la moitié du fonds servant, qui a appartenu à la dite Charlotte Robillard, et qui appartient aujourd'hui à l'intimé. Ici se présente à notre examen, mais dans son application à l'espèce seulement, la question si épineuse de la divisibilité ou indivisibilité des servitudes.

La servitude active dont il s'agit consistait dans le droit de pacager un cheval un cochon, deux moutons et deux vaches; mais ce droit s'étendait sur la terre entière. Les appelants reconnaissant qu'il y avait eu, en la personne de Délima Rivet, la confusion de droits dont j'ai déjà parlé, en ce qui regarde une moitié du fonds servant, ont senti que la charge résultant de cette servitude ne pouvait pas en même temps continuer de porter en entier sur l'autre moitié, c'est-à-dire qu'ils ne pouvaient pas demander à pacager tous les ans sur cette dernière moitié un cheval, un cochon, deux moutons et deux vaches. C'eut été aggraver du double la servitude pour l'intimé. Ils ont donc regardé cette servitude comme divisible, du moins quant à son utilité, et quant au fait qui en constituait l'objet, l'intimé ne devant pas être assujetti à plus que la moitié du pacage de ces bestiaux. C'est donc en procédant sur ce principe de divisibilité, qu'ils ont formulé leur demande. Mais comment faire l'application du principe, de manière à aggraver le moins possible la situation des parties, sous le rapport de l'utilité

Dorion et al., v. Rivet.

quant à l'une et sous le rapport de la charge quant à l'autre? On aurait peut-être pu demander que l'intimé fût tenu de pacager chaque année un mouton et une vache, puisqu'il y avait deux moutons et deux vaches de compris dans la servitude; mais comme il n'y avait qu'un cheval et un cochon à pacager, comment obvier à la difficulté, puisque l'intimé ne devait pas être tenu au pacage entier de ces deux animaux chaque année? Voici le moyen que les appelants ont avisé, comme leur paraissant être le plus équitable. Ils ont conclu à ce que le défendeur fût assigné à comparaître, "pour voir dire et déclarer que les demandeurs, comme détenteurs et propriétaires du fonds dominant, avaient le droit de pacager sur la terre sus-désignée en premier lieu, (c'est-à-dire, la terre qui avait appartenu à Bazile Rivet), tous les ans, un cheval, un cochon, deux moutons et deux vaches, et que le défendeur, comme détenteur et propriétaire de la moitié ouest de cette terre, était tenu et obligé souffrir les demandeurs pacager sur cette moitié de terre les animaux sus-mentionnés, *de deux années l'une*, pendant la saison des pacages, sans les troubler ni molester, et à ce que le défendeur fût condamné à payer aux demandeurs la somme de £60 courant de dommages, avec intérêt et les depens."

Comme on le voit, les appelants veulent donner effet au principe de divisibilité qu'ils invoquent, en le faisant porter sur le mode d'exécuter la part de la servitude passive, dont l'intimé se trouve chargé. Par ce moyen, la condition de celui-ci n'est pas aggravée, disent les appelants; car, en ne fournissant le paturage que de deux années l'une, sur sa moitié de la terre, il n'y contribue pas pour une plus grande part qu'il ne le ferait, si, n'y ayant pas eu de division de la terre originairement assujettie, on faisait paître, chaque année, sur la terre entière, le nombre de bestiaux en question. On ajoute que c'est même rendre sa condition moins onéreuse, que de ne le soumettre que tous les deux ans à l'exercice de la servitude. Je crois que la justice et l'équité exigent que l'on adopte ce raisonnement, s'il est vrai que la servitude en question soit divisible, comme le prétendent les appelants. Sur ce point, néanmoins, la Cour de première instance a donné gain de cause à l'intimé, en déboutant les demandeurs de leur action, "considering," est-il dit dans le jugement du 29 novembre 1856, "that the Plaintiffs have failed to prove the material allegations of their declaration, and to establish that by reason thereof, and by law, they are entitled to have and exercise upon the half of the land whereupon the right of pasturage, in the said declaration set forth, was established, and whereof the defendant is proprietor, the said right of pasturage for and during the year 1855, and for and during every second and alternate year, in manner and form as in and by their said declaration they have concluded; and further considering that the said right of pasturage cannot, by reason of any thing in the said declaration alleged and proved, and by law, be so divided and distributed, as they the plaintiffs have prayed." (1).

La Cour de première instance a-t-elle bien jugé? Je ne le crois pas.

Il me semble que la servitude qui résulte, tant activement que passivement, du droit de pacager un certain nombre de bestiaux, n'est pas une servitude qui soit

[1] MM. les juges Day, Smith et C. Mondelet.

indivisible de sa nature, du moins quant à son utilité qui est le principal point à considérer, puisque c'est là ce qui en fait l'objet. Cette servitude me paraît être susceptible d'exécution partielle, par portions aliquotes. Pardessus, 6e édition, No. 22 et 23, est de cet avis; il va même jusqu'à dire que l'indivisibilité ne lui semble pas être un caractère essentiel des servitudes, bien qu'ordinairement, à la vérité, elles consistent dans des faits qui ne sont susceptibles d'aucune division; ajoutant que "s'il était de l'essence des servitudes qu'elles fussent indivisibles, jamais elles ne pourraient être restreintes par la prescription, puisque ce qui n'a point de parties ne peut être diminué partiellement." No. 23, "Il est de fait," dit cet auteur, "qu'un grand nombre de servitudes peuvent être partagées, non seulement par suite et à l'occasion du partage des fonds au profit desquels elles existent, *mais encore en elles-mêmes et comme objets naturellement susceptibles de division.* Une servitude est donc, comme tout autre droit, divisible ou indivisible, suivant que le fait qui la constitue est susceptible ou non de division." Puis il range parmi les servitudes ainsi divisibles, celle qui consiste à faire pacager un certain nombre de bestiaux: "le nombre déterminé de bestiaux étant divisible," dit-il, "la servitude l'est également."

Rodière, dans un traité spécial sur la matière, No. 413, remarque que l'indivisibilité des servitudes peut se prendre en plusieurs sens. "Il est d'abord des servitudes," dit-il, "dont on ne comprend pas la division par parties aliquotes, telles que les servitudes de passage, de prospect, de stillicide. Celles-là sont indivisibles par leur nature, et le sont par conséquent d'une manière absolue. D'autres servitudes, au contraire, peuvent se comprendre *divisées*, quant à leur utilité, par portions aliquotes: telle est une servitude de prise d'eau, *un droit de pacage pour un certain nombre de têtes, etc., etc.* Ces servitudes ne sont donc pas indivisibles par leur nature, et Dumoulin en effet, l'oracle de la matière, les range parmi les droits divisibles."

"Mais les servitudes sont indivisibles aussi en un autre sens, en ce qu'elles grèvent, comme l'hypothèque, chaque partie du fonds servant, et qu'elles sont censées inhérentes à chaque partie du fonds dominant. En ce sens là, toutes les servitudes sont également indivisibles, aussi bien celles dont l'utilité peut se partager, que celles dont le partage est impossible."

Les autorités que je viens de citer sont un exposé fidèle de la doctrine sur la matière. Il me semble que l'on ne doit pas hésiter à en faire l'application à l'espèce, sans qu'il soit à craindre de commettre aucune injustice envers l'intimé. Les demandeurs ont clairement établi la constitution de la servitude sur toute la terre de Bazile Rivet, en faveur de l'emplacement de son frère Narcisse; ils ont donc, par cela même, établi l'existence de cette servitude sur chaque parcelle de la moitié de la terre, qui appartient aujourd'hui à l'intimé. Celui-ci ne peut donc s'empêcher de reconnaître la servitude, puisqu'il ne prouve pas que sa moitié de terre en ait été libérée. Il serait contre toute raison de prétendre que la confusion des droits que j'ai démontrée plus haut s'être opérée en la personne de Délima Rivet, a eu l'effet de libérer totalement le défendeur de la servitude. Celui-ci se trouverait donc acquitté d'une obligation par un fait auquel il a été étranger, et sans avoir rien donné pour obtenir un tel résultat. Si, comme semble le supposer le jugement attaqué, l'indivisibilité dont est frappée la servitude en

Dorion et al., v. Rivet.

question, est une indivisibilité *absolue*, alors loin de tendre le moins du monde à la libération du défendeur, elle aurait un effet tout contraire, celui d'assujéttir sa moitié de terre à la totalité de la servitude, telle qu'originairement établie sur chaque parcelle de cette terre ; et même, en cas de partage du fonds dominant entre plusieurs co-propriétaires, elle aurait encore l'effet de l'assujéttir à la totalité de la servitude envers chacun de ses propriétaires ; puisque, dans ce système, la servitude serait due par chaque parcelle du fonds servant à chaque parcelle du fonds dominant, et que, selon l'opinion de Pardessus, n'étant point susceptible de parties, elle ne pourrait, dans ce cas, être diminuée partiellement. Je ne pense pas qu'un tel résultat soit du goût de l'intimé. Il devra, après réflexion, préférer l'application du principe qui admet la *divisibilité* de la servitude, du moins quant à son utilité et au fait qui en est l'objet. Le profit de cette servitude, pour le fonds dominant, constituait en quelque sorte, si je puis m'exprimer ainsi, une *créance* en faveur du propriétaire de ce fonds. Cette *créance* consistait en la prestation d'une chose qui, de sa nature, est susceptible de division. Avant l'acquisition du fonds dominant par Délima Rivet, celle-ci comme propriétaire de la moitié de la terre assujéttie, et l'auteur du défendeur, comme propriétaire de l'autre moitié, étaient conjointement tenus à la prestation de la chose, c'est-à-dire, au paiement de la *créance*, envers Benjamin Beaupré, alors le *créancier* : entre eux chacun était donc censé lui en devoir la moitié. En devenant propriétaire du fonds dominant par le legs que Beaupré lui en a fait, Délima Rivet a acquis cette *créance* ; et comme elle en devait la moitié, il s'est opéré de plein droit confusion en sa personne pour autant ; mais l'autre moitié due par l'intimé, n'en a pas moins continué de subsister ; il est donc tenu de l'acquitter.

La difficulté apparente dans la manière de satisfaire à la prestation de la chose due, vient de ce qu'il y a eu partage du fonds servant et que par suite de ce partage, la prestation à laquelle l'intimé est tenu, ne peut pas, d'après sa nature, être fournie, *en entier tous les ans*, sur sa moitié de la terre. Mais ce partage qui était dans la nature des choses, a dû être prévu, et s'il nécessite, comme cela est inévitable, un changement dans le mode de prestation, les parties concernées sont censées avoir d'avance consenti à subir ce changement. Quand en pareil cas elles ne s'accordent pas entre elles, c'est aux juges à fixer *ex bono et æquo* la manière dont la prestation sera faite. Le mode suggéré par les appelants me paraît, dans les circonstances, juste et équitable. Je suis donc d'avis qu'il doit être adopté Si l'intimé en avait un meilleur à proposer, c'est à lui à se reprocher de ne l'avoir point fait.

Aylwin, J. in support of the judgement of the Court cited the following authorities :

Si le possesseur d'un domaine rural avait acquis du proprietaire d'un terrein à sa proximité, le droit d'y faire paître les bestiaux nécessaires à l'exploitation de ce domaine, ce serait encore là un droit de servitude réelle imposé à un fonds, pour l'utilité d'un autre, *pecoris pascendi servitudes*, item ad aquam appellendi, si prædii fructus *maxime* in pecore consistat, *prædii* magis quam personae videntur l, 4, Dig. 8, 3, de servit. præd. rust. droit qui passerait avec le domaine entre les mains de tous acquereurs l,20, Dig. si servitus vindicatur Dig. 8, 5, et dont par conséquent l'usufruitier aurait la jouisance comme de toutes autres servitudes actives. 2 Proudhon Usufruit No. 549, s. 115.

Dorion et al., v. Rivet.

Si le droit d'usage a été concédé ou légué à quelqu'un tant pour lui que pour ses successeurs dans la possession d'une metairie ou d'un fonds, ou tant pour lui que *pour ses ayant cause*, qui sont toujours des successeurs à titre singulier dans le fonds par eux acquis, il aura la nature de la servitude réelle activement inhérente au fonds possédé par le premier concessionnaire *pecoris pascendi*. Alors le droit est perpétuel de sa nature et il passe aux acquéreurs des biens du premier concessionnaire, parce que les expressions "successeurs et ayant cause" s'appliquent également à tous ceux qui succèdent dans la possession des choses qui nous appartiennent. 6 Proudhon 3094, p. 541.

Quod servitus *individua* est, non obstat quominus *divisionem recipiat servitus pascendi* quam *commoditas* juris pascendi, divisionem utique recipiat et per regiones camporum, ita ut unus in unâ parte, alius in alia, vel *unus cum tot pecoribus, vel certo tempore*, alius cum aliis pecoribus, veli *certo tempore* jus pascendi habeat. Müller's Promptuarium. Servitus pascendi: Vol. 6 p. 707.

Alternis annis vel *mensibus* quis agrum habeat *alternis diebus*. Dig 8, 6, 7 si sic constituta sit.

Si partem prædii nactus sim quod mihi aut cui ego serviam, *non confundi* servitutem placet, quia *pro parte* servitus retinetur itaque si proedia mea, prœdii tuis serviant et tuorum *partem mihi et ego meorum partem tibi* tradidero, *manebit* servitus. Dig. 8, 2, 30 l. si quis ædes. Cæpolla de Servitutibus, tractat. 2, cap 9 No 22 s. 275. Antuerpiæ, anno 1682.

Caron, J. Action par les appelants pour faire déclarer une partie de terre possédée par l'intimé sujette et chargée en faveur des appelants d'une servitude consistant dans le droit de faire pacager un cheval, un cochon, et deux vaches chaque deuzième année et à perpétuité.

Ce droit est fondé sur un acte de donation à Benjamin Rivet par Frs. Rivet et son épouse, ses père et mère, d'une terre de 3 arpents de front sur 33 de profondeur du 19 Septembre 1825, de laquelle furent exceptés deux emplacements qui par la donation demeurent à deux autres de leurs fils Alexis et Narcisse Rivet et en faveur desquels il fut en la dite donation stipulé comme suit, savoir: "de souffrir les derniers (les dits Alexis et Narcisse) leurs successeurs et ayant "cause aux dits emplacements, du droit de pacager sur la dite terre un cheval, "un cochon et deux vaches par chacun des propriétaires de chaque emplace-"ment." Narcisse Rivet l'un des donataires de l'un des emplacements, l'a ensuite vendu à Benjamin Beaupré par acte du 25 mars 1840 avec cession expresse du droit de pacage aux termes du dit acte de donation, sur la terre donnée au dit Benjamin Rivet aux charges imposées par le dit acte.

B. Beaupré a ensuite, par testament du 16 novembre 1842, légué à l'appelante Délima Rivet épouse de l'appelant C. Dorion le dit emplacement dans les termes suivants: "de plus je donne et lègue à Délima Rivet enfant né du premier mariage de mon épouse avec feu Bazile Rivet, l'emplacement que j'ai acquis de Narcisse Rivet situé à St. Sulpice enclavé dans la terre de feu son père et sa mère." Ce legs a eu son effet et la dite Délima Rivet a été mise en possession de l'emplacement que les dits appelants possèdent encore.

L'intimé Charles Rivet est détenteur de la moitié ouest de la terre sujette au dit droit de pacage, l'autre moitié est possédée par les appelants, qui

Durion et al., v. Rivet.

pourtant pour cette moitié font confusion en leur personne de la moitié du dit droit de pacage, dont ils sont tenus pour moitié.—Que le défendeur est tenu comme détenteur de l'autre moitié de souffrir le dit droit de pacage par moitié et comme ce droit est indivisible quant à sa prestation et que le défendeur ne peut pas être tenu de le souffrir que pour sa part sans avoir recours en garantie contre les appelants et pour l'obliger de les indemniser, les demandeurs concluent: "à ce que le défendeur soit assigné à comparaître devant cette Cour pour "voir dire et déclarer que les demandeurs comme détenteurs et propriétaires de "l'emplacement sus désigné en dernier lieu, ont le droit de pacager sur la terre "sus-désignée en premier lieu tous les ans un cheval, un cochon, deux moutons "et deux vaches et que le dit défendeur comme détenteur et propriétaire de la "moitié ouest de la dite terre sus-désignée en premier lieu, est tenu et obligé de "souffrir les dits demandeurs, paccager sur sa dite moitié de terre les animaux "sus-mentionnés, de deux années l'une, pendant la saison des pacages, sans les "troubler ni molester et à ce que le dit défendeur soit condamné de payer £60 "de dommages, etc."

Tels sont les allégués de la déclaration. Le Défendeur a plaidé, en outre de la défense en fait, une exception;

1o. Que l'acte en vertu duquel il avait acquis cette moitié ouest de la dite terre avait été enregistré le 28 octobre 1854, tandis que l'acte du 19 Septembre 1825 constitutif de la dite servitude ne l'avait pas été, non plus que les autres actes constitutifs et récognitifs de la dite servitude et qu'il avait acquis cet immeuble, quitte de ce droit.

2o. Que ce droit n'était que personnel, et n'était pas attaché à l'emplacement de manière à passer au nouveau propriétaire et que ce droit avait cessé d'exister dès que cet emplacement avait cessé d'appartenir à Narcisse Rivet; que de plus, quand même ce droit aurait passé à Beaupré par la vente que lui en avait faite le dit Narcisse Rivet, ce droit n'avait pas passé de Beaupré à l'appelante vu que le testament ne parlait pas de cette servitude qui n'avait pas été léguée. Qu'au contraire il paraissait que c'était l'intention du légataire de détruire cette servitude qui doit avoir été léguée par clause spéciale.

3o. Que la dite servitude avait été créée en faveur de Narcisse Rivet à la charge de fournir chaque année deux jours de travail, que le défendeur ne pouvait obtenir le dit droit sans avoir allégué et demandé que ce fut à la dite charge. Les demandeurs ont répondu spécialement que les actes sur lesquels était fondée cette action avaient été enregistrés avant l'acquisition du défendeur, et qu'ils avaient toujours joui à la connaissance du défendeur.

L'identité des propriétés est admise. Le jugement de la Cour Supérieure a débouté l'action des demandeurs, voici les motifs de ce jugement.

Considering that the Plaintiffs have failed to prove the material allegations of their declaration, and to establish that by reason thereof and by law, they are entitled to have and exercise upon the half of the land whereupon the right of pasturage in the said declaration set forth, was established, and whereof the Defendant is proprietor, the said right of pasturage for and during the year 1855 and for and during every second or alternate year in manner and form as in and by their said declaration they have concluded,—And further considering that the

said right of pasturage cannot, by reason of any thing in the said declaration alleged and proved and by law, be so divided and distributed, as they the Plaintiffs have prayed, doth dismiss the action of the Plaintiffs with costs, &c.

Trois questions se présentent sur ces défences.

1o. L'enregistration des actes constitutifs de la servitude était-il nécessaire pour la conservation de ce droit?

2o. Le droit est-il personnel seulement ou s'attache-t-il à l'emplacement de manière à le suivre en quelques mains qu'il passe, et dans cette dernière proposition le Testament de Beaupré est-il suffisant pour transmettre ce droit avec l'emplacement.

3o. La manière dans laquelle les demandeurs réclament l'exercice de ce droit en leurs conclusions (de deux années l'une) est-elle légale et telle que l'on peut l'accorder?

Quant à la première question, je n'ai pas de doute que les droits réels tels que les servitudes ne sont pas sous nos lois sujets à l'enregistrement. V. aussi Toullier, 3 vol. 581., Solon, Servitudes p. 39. 1 Pard. Servi. p. 20. No. 9.

Les autres actes constitutifs n'avaient donc pasbesoin d'enregistrement, il suffisait que le titre par lequel les appelants avaient acquis l'immeuble l'eut été à temps; c'est ce qui a lieu, le testament de Beaupré ayant été enregistré avant l'acquisition de l'intimé.

Quant à la seconde question, (celle de savoir si le droit est personnel ou réel, s'il a passé à Beaupré et de lui à l'Appelante) il ne faut que référer à la clause constitutive de cette servitude dans l'acte de donation pour se convaincre que le droit était réel; imposé sur la terre donnée à Bazile Rivet en faveur de l'emplacement donné à Narcisse Rivet. Les termes de cette clause sont trop clairs pour admettre de doute, puisqu'il est dit *pour lui, ses successeurs et ayants cause.* Or ce droit a passé à Beaupré avec l'emplacement qui lui a été vendu par N. Rivet. Et Beaupré ayant le droit, l'a transmis par son testament avec l'emplacement à l'appelante, à moins qu'il n'ait été spécialement exclus, ce qui n'a pas eu lieu. Voir les autorités suivantes:

Ferrière Dict. V. Servitude, § 1 p. 887. 1 Ferrière Servit. No. 11 p. 28 et suivt. Solon, p. 42. Lepage, 1 partie, article 4, ch. 4. 8 Toullier, No. 377 et 588. Lahaye sur les articles 686, 687, 688. Nouv. Denisart Servit. accessoire, page 98.

Ces autorités établissent que l'appelante en acquérant l'emplacement, a acquis en même temps le droit qui y était attaché.

Reste la 3ième question. D'après ce qui précède nul doute que la moitié de la terre possédée par l'intimé était chargée du droit de paturage, que ce droit appartenait, que ce droit appartient aux appelants comme détenteurs de l'emplacement et que si la moitié de la terre n'appartenait pas aux appelants ils pouvaient exercer ce droit dans son entier. Nul doute que, nonobstant la division de cette terre, les appelants pouvaient exercer leur droit en son entier, sur aucune partie de la terre. Mais la moitié est appartenait aux appelants, et s'ils avaient insisté à exercer leur droit en entier, le propriétaire de l'autre moitié aurait pu leur avoir répondu par l'exception de garantie et les avoir forcés de faire déterminer de quelle manière et en quelle proportion ils devaient exercer ce droit à l'avenir. C'est ce que les appelants ont voulu établir par cette action.

Dorion et al., v. Rivet.

Dans cette action ils demandent deux choses: 1o. Que la moitié de la terre possédée par l'intimé sera déclarée être chargée de la servitude. 2o. Que ce droit soit supporté de deux années l'une. Je ne puis concevoir comment la première demande a pu être refusée, puisque la cour inférieure n'a pas pu déclarer, que la terre en question n'était pas sujette au droit. Si, comme je le considère, ce droit était réel et il parait à l'appelante que la Cour doit avoir déclaré au moins la terre grevée, et si elle était d'avis que le mode suggéré par les demandeurs était mauvais, elle pouvait le refuser et en ordonner un autre. Elle pouvait sans doute ordonner une expertise pour établir la manière de l'exercer. Je suis d'avis que cette manière était la meilleure et que la cour doit l'avoir adoptée.

Lepage, 1re partie, ch. 5 art. 1. 1 Carré Juges de paix No. 802. 1 Delvincourt p. 570. 1 Pardessus No. 63, 172. Duranton, No. 471.

De tout ce qui précède je suis d'opinion que l'intimé était mal fondé dans chacune des propositions qu'il a avancées et que la cour doit avoir adopté la proposition des appelants ou ordonné une expertise pour établir la manière la plus avantageuse pour exercer ce droit.

La Cour, etc.—1. Considérant que la servitude dont il s'agit en cette cause, a été établie par un acte du 19 sept. 1825, par lequel acte François Rivet et sa femme ont fait donation entre vifs à Bazile Rivet, leur fils, d'une terre de trois arpents de largeur sur 30 arpents de profondeur, moins deux emplacements, chacun de 90 pieds de front, qui en furent alors détachés, et donnés par le même acte, l'un à Alexis Rivet, et l'autre à Narcisse Rivet, deux autres fils des donateurs; que la servitude consistait dans le droit du propriétaire de l'emplacement, ainsi donné à Narcisse Rivet, de faire pacager tous les ans sur toute la terre du dit Bazile Rivet, un cheval, un cochon, deux moutons et deux vaches, la dite servitude étant ainsi établie par le susdit acte, non seulement en faveur du dit Narcisse Rivet, mais encore en faveur de ses "successeurs et ayants cause au dit emplacement."

2. Considérant qu'à la mort du dit Bazile Rivet, la terre en question a été dévolue pour moitié à sa veuve, Charlotte Robillard, et pour l'autre moitié à sa fille et son héritière, Délima Rivet, l'appelante en cette cause; la moitié de la veuve étant la moitié ouest, et celle de sa fille la moitié est, de sorte qu'après le décès du dit Bazile Rivet, il y a eu partage de la terre en deux portions égales.

3. Considérant qu'ensuite la dite Charlotte Robillard a convolé en secondes noces avec Benjamin Beaupré qui, néanmoins, n'a, par ce mariage, acquis aucun droit de propriété à la moitié de la dite terre ainsi appertenant à sa femme.

4. Considérant que, depuis, savoir par acte du 23 mars 1840, le dit Benjamin Beaupré a acquis du dit Narcisse Rivet son susdit emplacement avec le droit de servitude en question; lequel droit il pouvait alors exercer tant sur la moitié de la dite terre, appartenant à la dite Délima Rivet, que sur la moitié appartenant à sa femme, vû que par cette acquisition du dit Benjamin Beaupré, il n'a pu s'opérer de confusion de droits en sa personne.

5. Considérant que, par un legs particulier contenu au testament du dit Benjamin Beaupré, en date du 16 novembre 1842, au profit de la dite Délima Rivet, celle-ci est devenue propriétaire de l'emplacement en question, ainsi que de la

dite servitude en dépendant; que, lorsqu'elle a recueilli ce legs, elle était propriétaire, comme elle l'est encore, de la susdite moitié est de la terre en question, laquelle était affectée à la dite servitude; que lorsque la dite Délima Rivet, possédant une moitié du fonds servant, est ainsi devenue propriétaire du fond, dominant, il y a eu confusion de droits en sa personne, en autant que la servitude pouvait affecter sa dite moitié du fonds servant; tandisque, d'un autre côté, la servitude a continué d'exister en faveur du fonds dominant, en autant qu'elle pouvait affecter l'autre moitié du fonds servant, qui appartient aujourd'hui à l'intimé, en vertu de l'acquisition qu'il en a faite, par acte du 11 septembre 1854, de la dite Charlotte Robillard, et de son troisième mari Cyriac Chaput.

6. Considérant qu'à raison de la confusion de droits opérée en la personne de la dite Délima Rivet, l'appelante, la charge résultant de la servitude ne doit pas porter en entier sur la moitié du fonds servant, appartenant à l'intimé, cette moitié ne devant pas être assujettie à plus que la moitié du pacage des bestiaux dont le nombre est ci-dessus mentionné.

7. Considérant que la prestation de la chose qui a fait l'objet de la servitude consiste dans un fait qui, de sa nature est susceptible de division; que, néanmoins, par suite du partage du fonds servant, la prestation à laquelle l'intimé est tenu, ne peut pas, d'après sa nature, être fournie *en entier*, *tous les ans*, sur sa moitié du dit fonds; que, d'un autre côté, ce partage, qui était dans la nature des choses, a dû être prévu dès le commencement, et que, par conséquent, les parties concernées sont censées avoir d'avance consenti à subir tout changement qu'un tel partage pourrait rendre nécessaire dans le mode de prestation; que, lorsqu'en pareil cas, les parties ne s'accordent pas entr'elles, c'est aux juges à fixer, *ex bono et æquo*, la manière dont la prestation sera faite; que le mode suggéré par les appelants dans leurs conclusions, est celui qu'il paraît le plus équitable d'adopter dans les circonstances, comme aggravant le moins possible la situation des parties, sous le rapport de l'utilité de la servitude quant à l'une d'elles, et sous le rapport de la charge quant à l'autre.

8. Considérant que les moyens d'exception de l'intimé, basés sur le défaut d'enregistrement des actes invoqués par les appelants, sont mal fondés, d'abord, en fait, quant au testament du dit Benjamin Beaupré, puisque ce testament a été dûment enregistré dès le 7 avril, 1843, plus de dix ans avant l'acquisition faite par l'intimé, et ensuite, en droit, quant à l'acte de donation du 19 septembre, 1825, et l'acte de vente du 23 mars, 1840, puisqu'il n'était pas nécessaire de les faire enregistrer pour la conservation du droit de servitude en question, ces deux actes étant antérieurs à l'ordonnance d'enregistrement, et n'appartenant pas à la classe des anciens actes atteints par la partie rétroactive de cette loi.

9. Considérant encore que les appelants, pour réussir dans leur demande, n'étaient pas obligés, ainsi que l'intimé l'a prétendu, d'alléguer et de prouver "qu'ils avaient rempli ou offert de remplir l'obligation" de fournir chaque année "deux journées de travail pour faire les clotures chaque printemps sur la dite terre," obligation imposée par le susdit acte de donation, au propriétaire du fonds dominant, en faveur du propriétaire du fonds servant.

10. Considérant qu'en conséquence de tout ce que dessus il y a mal jugé dans le jugement de la Cour de première instance, puisqu'il déboute les appelants de leur demande.

Dorion et al., v. Rivet.

Infirme le susdit jugement dont est appel, savoir : le jugement rendu le 29 novembre, 1856, par la Cour Supérieure siégeant à Montréal, et ce avec dépens sur le présent appel contre l'intimé ; et cette Cour procédant à rendre le jugement que la dite Cour Supérieure aurait dû rendre, déboute l'intimé de ses exceptions et défenses à l'action des appelants, déclare et adjuge, conformément aux conclusions des appelants, que ces derniers, comme détenteurs et propriétaires du susdit emplacement, c'est-à-dire, du fonds dominant, et comme étant aux droits de leurs auteurs, avaient droit de pacager sur la dite terre du dit Bazile Rivet, tous les ans, un cheval, un cochon, deux moutons et deux vaches : que l'intimé, comme détenteur et propriétaire de la dite moitié ouest de la susdite terre, est tenu et obligé, et continuera d'être tenu et obligé, pour les raisons ci-dessus énoncées, de souffrir les appelants pacager sur cette dite moitié ouest de la terre les animaux sus-mentionnés, de deux années l'une, pendant la saison des pacages sans les troubler ni molester, et condamne l'intimé à payer aux appelants la somme de deux livres dix chelins courant par forme de dommages-intérêts, et pour leur tenir lieu du prix et valeur du dit pacage pour l'année mil huit cent cinquante cinq, et aux dépens de la dite action en Cour de première instance ; enfin ordonne que le dossier soit remis à la dite Cour siégeant à Montréal.

Cherrier, Dorion et Dorion, pour les Appelants.

Lafrenaye et Papin, pour l'Intimé.

[T. K. R.]

EN APPEL.

MONTRÉAL 1ER OCTOBRE, 1857.

Coram SIR L. H. LAFONTAINE, Bart. J. en Chef, AYLWIN, J., DUVAL, J., CARON, J.

No. 145.

DAME C. REID, *(Défenderesse en Cour Inférieure.)* Appelante,

ET

J. B. J. PREVOST, *(Demandeur en Cour Inférieure.)* Intimé.

Jugé, Que le père est héritier de son enfant, des biens mobiliers laissés par lui, à son décès, au cas où l'enfant est mort *intestat* et sans enfans, et que le père héritera de son dit enfant dans la propriété du legs fait par le Testateur en faveur de la mère de l'enfant, décédé sans hoirs et *intestat.*

Le Demandeur Prévost, Intimé sur l'Appel, reclamait deux années d'intérêt sur la somme de £500, léguée à feu son épouse Helen McIntosh, par le père de cette dernière, en vertu de son Testament du 4 mars 1845. Entr'autres dispositions, le Testament mentionne le legs suivant :

" I give and bequeath unto Duncan Finlayson of Lachine, Esquire, Agent of " the Honorable Hudson's Bay Company, and Hugh Taylor, of Montreal, Advo- " cate, the sum of two thousand pounds current money of Canada, in trust that " they, the said Finlayson and Taylor, and the survivor of them do, and shall as " soon as convenient after my death lay out place at interest and invest the " same, in such manner as they shall deem advisable in their or his name, and " shall and do, every six months during the life of my said beloved Wife Char- " lotte Reid, pay the interest dividends or annual produce of the said sum of " two thousand pounds, into the hands of my said Wife or unto such person or " persons as she shall appoint to receive the same, and from and after the death

" of my said Wife, upon trust, that they, the said Duncan Finlayson and Hugh " Taylor, and the survivor of them, do and shall pay the interest, dividends and " annual profits and produce accruing therefrom, unto my said daughters " Catherine, Charlotte, Mary and Helen McIntosh, during their natural life in " equal and even proportions of one fourth each, that is to say, the interest of " five hundred pounds to each, *and from and after the death of any of my said* " *daughters, the interest of her share to be paid unto her Child or children law-* " *fully begotten until he, she or they shall attain the age of majority, and upon* " *attaining that age the principal to be paid to him, her or them for his, her or* " *their absolute use*, and in case any of my said daughters shall die unmarried " or without leaving issue, her surviving lawfully begotten, the interest of her " share to be equally divided among and paid to her surviving sisters, if more " than one, to be paid to such survivor during their or her natural life."

Plus tard par un codicile du 17 novembre 1845, le Testateur légua les sommes à être divisées entre ses filles, à leur mère, en usufruit : l'Intimé a épousé l'une des dites filles, laquelle est ensuite décédée laissant une fille qui mourut quelques jours après sa mère. L'Intimé prétend qu'il est héritier de l'enfant et qu'il a droit de retirer deux années d'intérêt sur la dite somme de £500. L'action est dirigée contre l'usufruitière, la mère de Mde. Prévost. A l'action la Défenderesse a répondu que le legs est devenu caduc, par la mort de Mde. Prévost, et que la dite somme de £500, et les intérêts sont échus aux autres sœurs de Mde. Prévost, dénommées au Testament. Le 28 février 1857 la Cour Supérieure de Montréal composée des Honorables Smith, Mondelet et Chabot a prononcé le Jugement suivant :

" The Court having heard the parties by their Counsel as well upon the " Defence *au fonds en droit* pleaded by the Defendant to the action and demand " of the Plaintiff as upon the merits of this cause ; and : considering that the " said Plaintiff hath established the material allegations of his said Declaration, " and that he is entitled to the two years Interest claimed on the legacy of five " hundred pounds currency bequeathed by the said late Donald McIntosh to " his daughter Helen, by virtue of the last will of the said Donald McIntosh, " dated the fourth day of March one thousand eight hundred and forty-five, and " of the Codicile thereto dated the seventeenth November one thousand eight " hundred and forty-five, as claimed in and by the said Declaration, doth dismiss " the said Defence *au fonds en droit* and doth overrule the Exception fyled by " the said Defendant with costs, and Condemn the Defendant to pay to the " said Plaintiff the Sum of sixty pounds current money of the Province of " Canada, for two years interest on the aforesaid sum of five hundred pounds " said currency and Costs of suit."

Ce Jugement porté en Appel a été confirmé le 1er octobre 1857.

Lafontaine J. en Chef. L'Appelante est la veuve de Donald McIntosh et sa légataire universelle. Outre plusieurs fils, il y a eu quatre filles nées de leur mariage, Catherine, Charlotte, Mary et Helen. La dernière a épousé l'Intimé le 1er août 1853 et est décédée *ab intestat* le 6 août 1854, laissant une enfant Marie-Hélène Prévost, qui était alors âgée d'environ trois mois, et qui n'a survécu à sa mère que cinq jours, étant morte le onze du même mois. C'est

Reid v. Provost.

comme héritier de son enfant que l'Intimé a formé contre l'Appelante la demande en cette cause.

Le Testament du dit Donald McIntosh en date du 4 mars 1845, contient la disposition suivante: (ici son honneur cite la disposition déjà donnée, qu'il n'est pas nécessaire de répéter.)

Ce Testament a été suivi d'un codicile fait le 17 novembre 1845, renfermant certaines dispositions rédigées comme suit: "Premièrement, il donne et lègue "à Dame Charlotte Reid, son épouse, la jouissance et usufruit de tous les biens, "meubles, propres, acquets et conquets, immeubles, dettes actives et argent "monnayé qu'il délaissera au jour et heure de son décès, à quelque somme que "le tout se puisse monter et en quelques lieux que les dits biens puissent se "trouver situés; pour par elle en jouir en usufruit pendant sa vie seulement, à "la charge d'en jouir en bonne mère de famille et aux entretiens et réparations "usufructuaires;

"A la charge par la dite Dame Charlotte Reid, pendant sa vie durant, à "même les biens dont la jouissance lui est léguée par le présent codicile, de "nourrir, loger, chauffer, vêtir, éclairer et entretenir tous les enfants issus du "mariage du dit Donald McIntosh avec la dite Dame Charlotte Reid, son "épouse, qui seront encore dans le célibat lors de son décès, et tel qu'ils l'ont "toujours été et le seront à son décès.

"Item à la charge encore par la dite Dame Charlotte Reid, pendant sa dite "vie durant, de payer à chacun des enfants du dit Donald McIntosh qui pour-"raient se marier pendant et durant que la dite Dame Charlotte Reid, aura la "jouissance des susdits biens, l'intérêt légal de six par cent et annuellement de "la part que chacun des dits enfants devra avoir suivant le testament du dit "Donald McIntosh, leur père, ci-dessus parlé."

Le contrat de mariage de l'Intimé et de la dite Helen McIntosh, auquel contrat est intervenue l'Appelante, stipulant pour sa fille mineure, contient, dans les termes ordinaires, la clause de séparation de biens entre les époux, et de plus la déclaration suivante: "Les biens de la dite demoiselle, future épouse, "consistent en l'intérêt d'une somme de cinq cents livres du cours actuel de cette "Province, payable annuellement sa vie durant, et en divers meubles de ménage "et animaux décrits en l'état ci-annexé et paraphé des dites parties et des no-"taires soussignés."

Par son action intentée le 24 décembre 1855, l'Intimé allègue que sa fille a hérité de sa mère et que lui a hérité de sa fille, des biens qu'elles ont délaissés, et nommément de la dite somme de cinq cents livres, léguée à la dite Helen McIntosh, par son père, ainsi que de l'intérêt sur cette somme, et conclut à ce que l'Appelante soit condamnée à lui payer la somme de £60 pour deux années d'intérêt, qui, dit-il, étaient alors dues.

Il a été admis de la part de la Défenderesse "qu'immédiatement après le "décès de feu Donald McIntosh, son époux décédé, elle est entrée en possession, "comme légataire universelle de ce dernier, en vertu du testament et codicile "par lui faits et récités en la déclaration du Demandeur, en possession, comme "usufruitière, de tous les biens délaissés par lui, parmi lesquels biens se trouvait "la somme de £500, légués par lui à chacune de ses filles, comme dit aux

" Testament et Codicile et que l'intérêt de la dite somme a été perçu par elle " chaque année de l'Honorable Compagnie de la Baie d'Hudson, à venir jusqu'au " temps de l'institution de l'action."

Il y a eu, outre la *défense au fonds en fait*, plusieurs exceptions péremptoires, précédées d'une défense en droit, dont les moyens se trouvent répétés dans l'une des exceptions. Les parties ont été entendues sur la défense en droit et au mérite de la demande en même temps; et le 28 février 1857, est intervenu, à Montréal, le jugement dont est Appel; il donne gain de cause à l'Intimé et condamne l'Appelante à lui payer £60, pour deux années d'intérêt sur la somme de £500, montant du susdit legs fait à sa femme par le dit Donald McIntosh.

Plusieurs des moyens d'exception étaient évidemment insoutenables; aussi n'a-t-on pas insisté sur ces moyens lorsque la cause a été plaidée en appel. Par exemple, celui qui reposait sur une prétendue stipulation de propre qu'on alléguait avoir été faite par la dite Helen McIntosh, dans son contrat de mariage, en faveur des siens de son côté et ligne. Telle stipulation n'existe pas. Il en est de même de l'exception qui consistait à dire que l'enfant Prévost n'avait pas survécu à sa mère. L'Appelante a elle-même reconnu plus tard que cette assertion était contraire au fait. En effet, il est établi que l'enfant n'est décédé que cinq jours après sa mère.

La seule question en apparence sérieuse, qu'il y avait à décider, était celle de savoir si le legs de £500 était, comme l'a prétendu l'Appelante, devenu *caduc* par la mort de la dite Helen McIntosh, et retournait à ses trois sœurs. La cour de première instance a jugé cette question dans la négative, et je crois qu'elle a bien jugé. De la somme de £2000 qui avait fait l'objet de la disposition testamentaire précitée, un quart était destiné à Helen McIntosh et à ses enfants. La mère ne devait en avoir que l'intérêt, il est vrai; mais il est évident que, quant aux enfants, l'intention du testateur a été qu'ils en eussent la propriété du moment de la mort de leur mère. Si ces enfants venaient à recueillir en minorité, leur ayeul a voulu que, pendant cette minorité, ils ne pussent toucher que l'intérêt du legs; mais ils n'en étaient pas moins propriétaires du principal. En cela le Testateur les plaçait sur le même pied que les enfants de plusieurs de ses fils auxquels il avait fait des legs de même nature. En déclarant, par son testament, que, si les enfants de l'une de ses filles recueillaient en minorité, le principal ne leur serait néanmoins payé qu'à leur âge de majorité, il ne faisait que fixer un terme de payment dans l'intérêt de ses petits enfants, et non une condition de l'accomplissement de laquelle il voulut faire dépendre la translation de propriété, c'est-à-dire la validité du legs quant au principal. On peut encore arguer, dans ce sens, de la disposition en vertu de laquelle les sœurs d'Helen McIntosh pourraient être appelées à recueillir la part que celle-ci devait avoir dans le legs de £2000. C'était au cas seulement où la dite Helen McIntosh serait décédée non mariée, ou sans laisser d'enfant légitime qui lui survécut. Encore, dans ce cas, ses sœurs ne devaient-elles avoir que l'intérêt du principal, durant leur vie. Mais la condition ne s'est pas accomplie; car Helen McIntosh s'est mariée et a laissé un enfant légitime. C'est en faveur de cet enfant que le testateur a disposé de la propriété des

Reid v. Provost.

£500, dont la mère avait l'intérêt, n'ayant fait de disposition, en ce qui regardait cette propriété, qu'en faveur des enfants d'Helen McIntosh. L'enfant de celle-ci a donc laissé ce legs dans sa succession mobiliaire, et cette succession étant dévolue à l'Intimé, il est bien fondé dans son action, puisqu'aux termes du Codicile de Donald McIntosh, l'intérêt légal à six par cent sur la dite somme de £500, est devenu exigible annuellement du jour du mariage d'Helen McIntosh avec l'Intimé, et que cet intérêt est dû par l'Appelante tant qu'elle aura la jouissance des biens de son mari.

Le mariage a eu lieu le 1er août 1853 ; l'action de l'Intimé a été intentée le 24 décembre 1855. Il y avait deux années d'intérêt d'échues à cette dernière époque, formant £60. C'est la somme demandée et adjugée. L'Appelante n'est donc pas mieux fondée à attaquer le Jugement sous ce rapport que sous les autres.

(Jugement confirmé.)

Rose et Monk, pour l'Appelante.
Ouimet, Morin et Marchand, pour l'Intimé.
(C. O.)

A VIEW OF THE CIVIL GOVERNMENT AND ADMINISTRATION OF JUSTICE IN THE PROVINCE OF CANADA WHILE IT WAS SUBJECT TO THE CROWN OF FRANCE.*

The Province of Canada in the time of the French Government, was under the direction of two principal officers of great trust and dignity, appointed by the king of France, the Governor and the Intendant. The Governor had all the military power, and the Intendant all the civil, and likewise all the maritime jurisdiction. The full title of the Governor was that of *Governor and Lieutenant General of His Majesty the King of France, in Canada and the other Countries of the Northern division of New France.* And the full title of the Intendant was that, of Intendant of Justice, Police, and the King's Revenue. Of these two great officers the Governor was the Superior, and had a right of controuling and commanding, the Intendant even with respect to civil matters, whenever he thought it necessary; which seldom or never happened. It was necessary that they both should join in many important acts of the Government, and among the rest in making new grants of land; and these grants were afterwards to be confirmed or ratified by the King of France, within a twelve month after they were made; or otherwise they became null and void.

Governor.

Intendant.

Division of the Province into three Districts.

The whole Province of Canada (which took in several places that are without the boundaries of the present Province of Quebec, as settled by the King's Proclamation in October, 1763,) was divided into three Districts, or separate jurisdictions, which took their names from the three

*This "VIEW, &c." was at first attributed to the prolific pen of Francis Maseres, Esquire, formerly Attorney General for the Province of Quebec; but a doubt having arisen on the subject, the M.S. copy was submitted to the scrutiny of a friend, together with a reference to another M.S., entitled—PLAN *for settling the Laws and Administration of Justice in the Province of Quebec, by Baron Maseres*; and a published PLAN *of a certain Method of administering Justice in the Province of Quebec in North America*: and the result was the following NOTE:—

That Baron Maseres was the author of the last-mentioned of the two PLANS there can be no doubt; for in 1772 he published it, as his, in his *Collection of several Commissions and other public instruments*, &c., p. 58–67; and again, in 1775, in his *Additional Papers concerning the Province of Quebec*, p. 313 and seq.; but there is good reason for doubting that he was the author of either the first-mentioned PLAN, or the VIEW, &c.

In the first place, the learned Baron had not the slightest inclination to hide his light under a bushel: he therefore published whatever flowed from his pen, whether it were good, bad or indifferent; and if he had been the author of the VIEW, &c., in question, it would, assuredly, have found a place among his numerous publications. In the next place, there is reason to believe, that it owes its existence to the Baron's contemporary and fellow-laborer in the field of legislation for the now Herculean Province of Canada, when it was in its cradle as the *Province of Quebec*.—I mean William Hey, Esquire, the second Chief Justice of the Province, whom the Baron characterized (*Add. papers*, p. 338) as "a man of confessedly superior knowledge and abilities to any of the other Judges in it—the Supreme Court of the Province—or to all of them put together."

By *mandamus* and commission, respectively dated 3rd February and 25th September, 1766, Mr. Hey was appointed Chief Justice of the Province. By commission of the latter date, also, Mr. Maseres was appointed Attorney General for the Province; but he was probably nominated to the office as early as, or soon after, the date of the *mandamus* in favor of Mr. Hey; as in April of that year, at the desire of Brigadier General Carleton, the newly appointed Lieutenant Governor, and Mr. Hey, he drew up what

principal towns contained within them; to wit, the District of Quebec, which was called the *Prévosté*, or Provostship of Quebec, the District of Three Rivers, and the District of Montreal. In each of these three Districts there was a Judge appointed by the king, who had full power to decide all matters both criminal and civil that arose within the District. These Judges were called *Juges Royaux* or King's Judges, because they administered justice in the king's name and right; and were appointed by him; and they were likewise called *Lieutenants Généraux* or Lieutenant Generals, that is the King's Lieutenant Generals, or General Deputies or substitutes for the administration of justice. This name seems strange to an English ear, when applied to an officer of justice; but it is the name given to a principal officer of justice, at Paris, by the Customs of which this Province of Canada was governed.

King's Judges in each District.

These Lieutenant Generals or King's Judges, used to sit twice a week all the year round, (excepting about six weeks in September and October called the vacation-time, and a fortnight at Easter,) to hear causes of all kinds both civil and criminal. And if the parties desired it, they would hold extraordinary sessions still oftener, upon being paid a certain moderate and reasonable allowance for their extraordinary trouble. In Quebec and Montreal, these judges had each of them an assistant judge to sit with them, and if they happened to be sick or absent, to sit instead of them, and assist in the decision of the causes that came before the Court. These Assistant Judges were called *Lieutenants Particuliers*.

Sitting twice a week.

[illegible] are called "A tract and sketch of an Act of Parliament," entitled: *Considerations on the expediency of procuring an Act of Parliament for a settlement of the Province of Quebec, by Francis Maseres, Esquire, lately appointed His Majesty's Attorney General for the Province of Quebec, in North America*; of which, as he himself subsequently remarked, only "a few copies were printed, for "the inspection of the Marquis of Rockingham, and Mr. Dowdeswell, the Chancellor of the Exchequer, "General Conway, the Secretary of State, Mr. Charles Yorke, the Attorney General, and Mr. de Grey, "the Solicitor General, and others of His Majesty's servants, who were likely to take part in procuring "for them an Act of Parliament, to be the ground of their proceedings in the settlement of the govern-"ment of that Province, if such a measure had been thought advisable. *But no copies of it were pub-"lished or sold.*" (1)

By an order of His Majesty in Council of the 28th of August, 1767, the Governor and Council were ordered to report:—

1st. Whether there were any, and what defects in the state of the judicature of the Province; and 2dly, Whether, and in what respects, the Canadians were aggrieved with the administration of justice. The Report was required to be signed by the Governor, the Chief Justice and the Attorney General; but if either of them should not concur therein, the difference was to be separately reported, with reasons, &c. From the "N.B." on p. 49 of Mr. Maseres' *Collection*, it appears, that "a draught of an intended Report, &c," was prepared by him, and delivered to the Governor on the 27th of February, 1769, but "it had not the good fortune to be approved by His Excellency," and "another Report was "thereupon drawn up *by other hands*, agreeable to the Governor's sentiments." The Chief Justice and the Attorney General "delivered in to the Governor two additional papers, or *lesser reports*, containing "their reasons for not wholly agreeing to the report made by his Excellency, and these *three reports* "were delivered to Maurice Morgan, Esquire, about the 12th of September, 1769, to be by him carried "to England and delivered to His Majesty's Secretary of State for America."

Mr. Maseres' "draught of an intended report," and his *lesser report*, occupy the first fifty-seven pages of his *Collection*, the latter bearing date at Quebec, Sept. 11th, 1769. These two papers are immediately followed in his *Collection* by his' PLAN *of a convenient method of administering justice in the Province of Quebec*, which—as stated in a note on p. 67, and in the *Additional papers*, p. 330—was drawn up in January, 1769, and delivered in to Lord Hillsborough about April, 1770.

(1) In 1809, these *Considerations, &c.*, were included in an 8vo. volume of *Occasional Essays on serious subjects, &c.*, by the Baron; published in London.

These King's Judges, both the principals and the assistants, were usually men bred to the law and skilled in the Customs of Paris, which the King of France had made the law of this country, as being the most equitable and judicious system of laws, and the most generally approved, of all the different customs that are known in France. They were bound to administer justice strictly according to the laws, without any power of deviating from them upon particular circumstances of hardship or inconvenience, or of relaxing their severity; just as the judges in England are bound by their oath of office to administer justice according to the laws and Customs of England. But there lay an appeal from the

Appeals from this Court

Judges of the three jurisdictions to another Court, which consisted of several members, called the *Conseil Supérieur*, or Supreme Council; and this appeal lay for any sum, how small soever. And from this Supreme Council, there lay a still further appeal to the King of France himself in his Council of State.

Le Conseil Supérieur or Supreme Council.

This Supreme Council consisted of the principal officers of Civil Government residing in the Province, (as for instance the Receiver General of the Revenue,) and of other respectable persons. There were usually two or three lawyers among them, or persons who had been so, and were well versed in the Laws and Customs of the country. They were in all fifteen members, including the Governor, the Intendant, and the Bishop of Quebec, who had all a right to sit and vote there, but seldom attended.

This supreme Council was merely a Court of Appeals; no suit could be originally instituted in it. It had cognizance of all matters both civil and criminal that were brought into it by way of Appeal from the decisions of the three juris-

Whether Chief Justice Hey's *lesser report* was ever published, I cannot learn with certainty; but in the first five months of 1828, a large portion of A VIEW *of the Civil Government and Administration of Justice in the Province of Canada, while it was subject to the Crown of France*, stated to have been extracted "from a manuscript work written by Chief Justice Hey," was published at Quebec in a newspaper called THE STAR; and this extract appears to me to have been derived from the same source as the M.S. copy of the VIEW, &c., now under consideration.

As above shewn, Mr. Maseres stated, that he and Chief Justice Hey *each* sent in a *lesser report*. Now, I am inclined to think that the whole of the VIEW, as it appears in the M.S. copy, forms the *lesser report* of the Chief Justice; and that it also includes the first mentioned of the two PLANS, to which I have been referred, and which has been attributed to Baron Maseres; for, in the VIEW will be found embodied a *Plan* with precisely the same title, namely, A PLAN *for settling the Laws and administration of Justice in the Province of Quebec.*

On what ground the VIEW was attributed in *The Star* to Chief Justice Hey, I know not; but as the proprietor and chief editor of that paper—the late Rev. Dr. Wilkie—was no ordinary man in literature, was scrupulously exact in every statement of fact, and ranked among the contributors to, and supporters of, his paper, such men as the late Andrew Stuart, Judge Fletcher, and Alexander Buchanan, and one or two living *legal* characters of almost equal note, whose means and opportunities of obtaining correct information, on all such subjects, were of the best description, I think it highly probable, that the point of the authorship of the VIEW being in Chief Justice Hey, was clearly ascertained, before it was allowed to be stated in so positive a manner in a paper of such high repute, and generally acknowledged correctness, as *The Star*. It is possible, however, that the VIEW, and PLAN embodied in it, may have formed the *Report* adopted by Governor Carleton and his Council, from which both the Chief Justice and Attorney General Maseres dissented.

F. G.

Jan., 1837.

MEM.—Mr. Maseres was born at London, 15th Dec., 1731 (O. S.), and died at Ryegate, 19th May, 1824 (N.S.). He was Attorney General of the Province of Quebec from Sept., 1766, to Sept., 1769, and Cursitor Baron of the Exchequer from August, 1773, to the day of his death. A short memoir of him will be found in *The Annual Register* for 1824, p. 229 and seqq.

dictions, and a power of relaxing the severity of the Laws in criminal matters, and mitigating the punishment appointed by them; and this power was frequently made use of; and they had likewise a power of deviating from the strict rules of Law in matters of civil property upon what they thought equitable and reasonable grounds. In determining criminal matters, it was necessary that not fewer than seven of the members should be present at giving the judgment, but not that all the seven should be unanimous, a bare majority was sufficient. In civil matters five members were necessary to make a board, and a bare majority was sufficient to support the judgment. This supreme Court sat once a week to hear and determine these Appeals throughout the whole year, excepting the six weeks vacation before mentionned in the months of September and October, and the fortnight at Easter. And when it was necessary, or the parties very much desired it, they would hold extraordinary Sessions besides those on the usual weekly days.

By this it appears how speedily and conveniently justice was administered to the Canadians under the French Government. The want of this convenience and expedition in the present system of Civil Government, together with the necessity they are under of carrying on their lawsuits in the English Language, which they do not understand, are the principal ill consequences they really suffer from the change of the Government of this Province; in most other respects the bulk of them are much easier and happier than they were in the time of the French Government.

Other Officers of Justice.

Greffier or Register.

There were in each of the three Jurisdictions of Quebec, Three Rivers, and Montreal, besides the king's Judges, two other Law Officers of considerable importance, namely a *Greffier* or Register, who entered all the proceedings of the Court in books kept for that purpose,

King's Attorney.

and a *Procureur du Roi* or King's Attorney, who instituted and carried on all criminal prosecutions for crimes committed within the District to which he belonged, in the name and behalf of the King, just as the Attorney General in England does, or may do, in all the King's Criminal Courts, and the Master of the Crown Office does in the King's Bench, the Clerks of Assize in the Circuit Courts of Oyer and Terminer, and the Clerks of the Peace at the Quarter Sessions of the Peace. He likewise had the power of a grand Jury vested in him, as the Attorney General in England claims to have in all the inferior sorts of crimes that come under the denomination of misdemeanours, I mean the power of informing the Court of the commission of a crime, and of accusing a person of having committed it, and putting him upon his trial for it. This power was clearly vested in the King's Attorney in these Courts, and in no one else, and extended to all sorts of crimes, capital as well as others. The persons who were first acquainted with the commission of a crime, used to go privately to this officer, and lay their knowledge or suspicions about it before him. These persons he would examine carefully and take their information down in writing; and if he had reason to suppose that certain other persons, beside those who came voluntarily to him, knew something of the matter in question he had a right to send for them and examine them. They were always

His power to charge a person with crime and to bring him to a trial.

His method of proceeding therein.

examined separately, and not as is frequently the case in our trials in England, in the presence and hearing of each other. If after all the proper examinations taken privately in this manner, the King's Attorney thought there was sufficient ground to bring the accused party to a public trial, he informed the Court of his proceedings and of his suspicions of such a person's guilt, founded upon the examinations he had taken, and prayed the process of the Court to apprehend him, which, of course, was granted, and the accused person was brought to his trial, which was public, and afterwards if he was found guilty, the King's Attorney prayed Judgment and execution against him. If, on the contrary the King's Attorney thought the evidence against a man as taken by him in the private examinations before mentioned, insufficient to be the foundation of a prosecution, he went no further in it, and the accused person was never apprehended or molested about it, and perhaps might never hear that he had been been accused. This method of proceeding was more favorable to innocent persons falsely accused, than the method used in England, by which a person charged upon oath by one witness, before a single Justice of the Peace in the country, (oftentimes an ignorant and incapable person unacquainted with legal proceedings, and the nature of evidence) must be committed to prison, or at least obliged to find bail for his appearance at the next Court of Gaol delivery, without so full an examination of all the evidence against him, and a discretionary judgment passed upon it by the Magistrates, which may turn out in his favour, and prevent his being arrested or troubled about the matter, and at the worst can only cause him to be put upon his defence in a fair and public trial. In truth, this method of proceeding, is of much the same advantage to an innocent person falsely accused, as the Law of England would be, if felons, or other criminals, or persons accused of being such, could never be arrested till after an indictment found against them by a Grand Jury, which indeed seems to have been the Law of England in old times, according to some statutes of Edward the Third to that purpose, though of late, for a century or two past, Justices of the Peace have been either authorized or permitted to cause men to be arrested upon informations before themselves. Another advantage that innocent persons falsely accused had in this country, was that they were soon brought to a trial in which they might publicly clear themselves, the Court sitting twice a week for criminal as well as civil matters; whereas in England, a man may lie eight months in gaol before he has the same opportunity.

Advantage resulting there from to innocent persons.

It was the duty of this Officer to be active in prosecuting all crimes that were committed in his district, and if any crime passed unexamined, he was guilty of a misdemeanour in his office. This was another advantage above the methods of prosecution used in England: for there, for want of a public officer, whose particular and express duty it is to be diligent in discovering and prosecuting criminals, a number of robberies, thefts, and other crimes are committed, that are never enquired into, or heard of in any Court of Justice, which certainly contributes to embolden criminals and increase their number, by the chances it gives them of offending with impunity.

He was bound to make strict inquiry concerning all crimes that were committed.

Honour to sue for the King's rights.

It was likewise this Officer's duty, to sue for the King's civil rights and dues of every kind, arising within his district, such as taxes, fines upon the alienation of land, escheats of land upon the commission of certain great crimes, or the breach of the conditions of tenure, and the like.

And for the rights of persons under the protection of the Crown.

It was likewise his duty to sue for the rights of all those persons or corporations that were under the special protection of the Crown, such as orphans, absent persons, and Churches. Whenever a man died and left children under age, the King's Attorney was to be present at an assembly of the relations that was to be held as soon as possible, for the purpose of choosing a guardian to take care of the children, and manage their estate, and afterwards give them an account of their management, and the consent of the King's Attorney was necessary to confirm such an election. For having lost their father, the children were under the special protection of the

Absent persons.

Crown. Absent persons were likewise under the same protection, on account of their inability, by reason of that circumstance, to attend to, and support their own interests; and upon that account the King's Attorney was authorized to take care of their effects, and sue for their rights.

And Churches.

And Churches, and the several lands, buildings, rents and dues belonging to them, were, on account of their great public utility, in contributing to the support of religion, under the same protection; and the King's Attorney brought suits in the King's name to maintain or recover them.

And it was his duty to cause the King's Ordinances to be duly registered and published.

Lastly it was the duty of the King's Attorney to cause the King's Ordinances, and likewise those of the supreme Council, to be entered in the Registers, or records of the Court of the district to which he belonged, and to cause them to be duly published.

Besides these three King's Attornies, in the three separate Jurisdictions of

The King's Attorney General.

Quebec, Three Rivers and Montreal, there was a higher officer of the same kind called, the King's Attorney General, who did the King's business in the Supreme Council, or Court of Appeals, and had a power to superintend the conduct of the three King's Attornies, and to take care that they exerted themselves with activity in their respective districts in causing the King's Edicts, and those of the Supreme Council, (who seem to have been in some degree a Legislative body, as well as a Court of Appeals) to be put in execution. These Edicts and Regulations were communicated by this Officer to the King's Attornies in the three districts for this purpose, and they were obliged to give him an account of the success and effects of them, and of their own endeavours towards carrying them into execution.

To these four Courts, to wit, the Supreme Council or Court of Appeal, and the Courts of ordinary Jurisdiction in the three districts of Quebec, Three Rivers

Huissiers or Bailiffs.

and Montreal, there were officers called *Huissiers*, that is Ushers, or Marshals, or Bailiffs, to carry their Judgments into execution, and to summon parties, serve orders and notices upon them, and give the Courts authentic information of their having been so served, and in general to do all the ministerial business of these Courts. And as has been observed, there

Greffiers.

were other officers to all these Courts, called *Greffiers*, or Registers to keep records or memorials of their proceedings.

These were the King's regular Law Courts, in which Justice was administered to the people in the King's name. But besides these regular Courts which proceeded with form and solemnity, and kept memorials, there was a very high, and we may almost say, arbitrary Jurisdiction vested in the *Intendant* of the Province, by virtue of the first part of his title and commission, to wit, the words *Intendant de la Justice*. This was a power to determine matters of civil property in a summary way, and without keeping any memorials of his proceedings, or rather without being obliged to do so; for I am informed that when he decided any matter of considerable consequence, he, in fact, usually did direct his secretary to make a memorial of it. This Jurisdiction of the Intendant was not, that I can learn, limited to contests under any particular value; but yet it was seldom exercised by him in any but trifling causes that would hardly bear the expense of a formal litigation in the more regular Courts of Justice; and being used with this discretion, this summary Jurisdiction of the Intendant was found to be of great benefit to the people, and frequently resorted to by them. This Jurisdiction related only to civil matters and such small injuries as were considered as the objects of a civil prosecution for some kind of reparation, such as abusive language and the like. The Intendant used often to exercise this summary Jurisdiction himself, particularly when he happened to be a man of an active and beneficent character, that had no aversion to taking trouble when he could be of service; as was the case with Mr. Hocquart, who was Intendant of this Province from the year 1731 to the year 1748. But the Intendant was authorized to delegate this authority to other persons by commissions in writing for that purpose, and the persons so appointed by him to exercise this judicial authority were called his *sub-délégués*. He might make as many of these Deputies as he thought fit in all parts of the Province; but he usually appointed only seven, to wit, two at Quebec, one at three Rivers, two at Montreal, one at Detroit, and one at Michilimakinac, which two latter places were within the Province of Canada under the French Government, though they lie without the Boundaries of the present Province of Quebec, as settled by the King's proclamation.

Judicial power of the Intendant.

The Intendants Deputies.

The Jurisdiction of these Deputies of the Intendant was limited, though that of the Intendant himself was not, to the decision of contests concerning sums of money not exceeding fifty French livres, or about forty shillings sterling; and they likewise determined little complaints concerning abusive words, and the like small offences, as well as the Intendant himself.

The Courts of the Seigniories.

Besides these several Jurisdictions established by the King, and in which Justice was administered in the King's name, there were in almost every Seignory, Seigniorial jurisdictions, in which Justice was, or might have been administered, by the authority of the Seigniors, or Lords or owners of the Seigniories, and by Judges appointed by the said Seigniors.

Seigniors.

These Seigniors were persons to whom the King of France had granted large tracts of land, to hold immediately of the Crown, upon certain conditions and with certain reservations. The principal condition was, that they should cause them to be cultivated and settled with inhabitants as soon as

Power to make under-grants to be holden of themselves.

possible. And with this view they were empowered to make under-grants of parts of these lands or Seigniories, so granted to them, to other persons, to be holden by such under-grantees and their heirs for ever, of them the said grantors or Seigniors, or King's grantees,

Obligation upon them to make such under-grants to persons that applied for them.

and their heirs. And they were not only empowered to make these under grants, but obliged to make them to such persons as would apply for them, and this at the very low rent of two French sols,* or one English penny for every superficial French arpent, which is about one-sixth part less than an English acre. The lands thus granted by the King to hold of himself were called *des Seigneuries*, or Seignories, and the owners of them were called *Seigneurs*, which indeed means no more than Lords, or Masters, or Owners of the land. And the lands granted by these Seigniors to the inferior tenants, or free-holders, were called simply *des terres* or *des concessions*, that is lands or grants; so that when a man said of another that he had a good estate of this freehold land, he would express himself in this manner, "*Un tel avait une belle terre, ou une belle concession, dans une telle Seigneurie*," and these freeholders themselves are usually called simply *des habitants* or inhabitants.

Extent of the Seigniories.

The tracts of land thus granted by the King to the Seigniors, were of very unequal extent, but were seldom less than two leagues, or six English miles square, and often a great deal more. For instance the Seigniory of the *Côte de Lauzon* near Quebec, on the opposite side of the River St. Lawrence, which is usually called the Seigniory of Pointe Levy, and which now belongs to General Murray, is six leagues or eighteen miles square, and consequently contains no less than 324 square miles, which perhaps are more than are contained in many of the Counties in Wales, or the County of Rutland in England.

Grant of the power of administering Justice.

In most of these grants of land to the Seigniors the king makes use of the following words: "*Nous donnons et concédons une telle étendue de terre à un tel à titre de Fief et Seigneurie, avec haute moyenne et basse justice*," by virtue of which the Seigniors have a right to administer justice in the Seigniories so granted them according to those three kinds of jurisdiction, known by those names, of the high, middle and low Justice, of which I have received the following account.

Haute Justice.

La haute Justice, or the highest of these jurisdictions, consisted in a right to decide criminal matters of the highest nature, that were punished

Le moyenne Justice.

by loss of life or limb. *La moyenne Justice* was a right to deter-

Basse Justice.

mine inferior crimes that did not affect life or limb, but were punishable by fine or imprisonment, or such as in the English Law are termed misdemeanours; and the *basse Justice*, was a right to determine only civil actions, or matters of property, and very trifling offences, such as abusive language, or other such injuries as came under the denomination of

* This is an error into which the learned author has fallen, by no means alone; but the Seigniorial Court, created by the 18th Vic. ch. 3., has fully settled this much vexed question. *Vide* Observations de Sir L. H. Lafontaine, Bt., Juge en Chef, 2ième. Partie. p. 216, No. 189 Lower Canada Reports. extra volume.—T. K. R.

le petit criminel, which made a third class of crimes still lower than those that were the objects of the *moyenne Justice*. However, it is not necessary to ascertain with any nicety the boundaries of these three jurisdictions, because it was a maxim that he that had the *haute Justice* had also, of course, the other two; and in this country almost all the Seighiors that had any one of these jurisdictions, had them all three by the express words above recited, *avec haute, moyenne et basse Justice*. There were, however, a few Seigniories granted without any of this judicial authority, in which case the inhabitants of the Seigniory were obliged to resort to the King's Judge or Lieutenant General of the district in which they lived upon every occasion of litigation. Such for instance was the Seigniory of the *Sault de St. Louis*, between the rapids of St. Lewis, and the River du Loup, which was granted to the Jesuits of Canada in trust for the occupation and benefit of the Iroquois Indians, whom they undertook to convert to the Christian Religion, and settled upon that Seigniory.

Some few Seigniories without these Jurisdictions.

Those Seigniors who had these jurisdictions (as most of the Seigniors in this country had,) were obliged according to the strictness of the Law, to keep a judge to sit in their Seigniorial Courts and decide the causes that were brought there, whether criminal or civil; and they ought likewise to have kept an Attorney to sue for their rights and to prosecute in their names for crimes committed within the Seigniory in the said Seigniorial Court, just as the King's Attorney did in the King's name for the same causes in the King's Courts. This Seignior's Attorney was called a *Procureur Fiscal*. There was likewise a *Greffier* or Register, to these Courts, to keep memorials of their proceedings, and a *huissier* or bailiff to give summonses and execute the other processes awarded by them. And there ought likewise to have been a prison upon the Seigniory for the reception of the persons adjudged by the Court to that punishment. But as these things were attended with expense to the Lords, they often neglected this jurisdiction, and had neither judge nor Fiscal Attorney upon their Seigniories. It was only in the rich and populous and well settled Seigniories that these officers were to be met with.

Judge of the Seignior's Court.

Attorney of the Seigniors called Fiscal Attorney.

Greffier or Register

Huissier.

Prison of the Seigniory.

The Judges of these Lord's Courts may well be supposed to have been strongly biassed in favour of the Lords whenever the [illegible] to have any disputes with any of the freeholders, and therefore, were very improper persons for the decision of such disputes. But in other cases, where the lord's interest was not concerned, it must probably have been a very convenient circumstance to the inhabitants of the Seigniory in their little disputes with one another, to be able to get them decided so speedily and at so cheap a rate as they were in these Courts, without stirring from the bounds of their Seignory. It must have saved them not only much expense but likewise a great deal of time and labour.

But that they might in no case, be left subject to the oppression of their Lords, they had a right of appealing from this Court of the Seigniory to the King's Court of the district in which the Seigniory lay. This appeal lay in all civil cases, whatsoever, however small

Appeals from these Seigniors' Courts to the King's Courts.

the sum in dispute might be, and as well in suits between freeholder and freeholder, as between the Seignior and a freeholder; and it always lay in all criminal prosecutions that affected a criminal's life or limb, for no execution could be had of any sentence against the criminal without a revision and confirmation of it by the Supreme Council of the Province, even though the criminal himself did not appeal from it. The King's Attorney General always of course removed it before the Supreme Council, to be there considered by that highest Court with impartiality and attention, and either confirmed or quashed as the rules of Law, and the circumstances of the case required; so that the danger to the liberty of the inhabitants from these high Seigniorial jurisdictions was not so great as might at first be apprehended. On the contrary restrained and corrected as they were, by these appeals and some other useful limitations, they might probably be very useful institutions.

Comparison between these Seigniorial jurisdictions and the Courts-Baron of Lords of Manors in England.

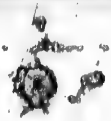
The lowest of these jurisdictions, called the *basse justice*, seems to have been the same with that of the Lord of a Manor in England, in his Court-Baron or Manor Court; for actions of debt might, and may to this day, be brought in those Courts-Baron by one freeholder of a Manor against another for sums not exceeding forty shillings; though, by reason of their not having power to enforce their judgments by the high method of taking the debtor's body in execution, (which was granted by particular Statutes, contrary to the spirit of the old Common Law, to the King's Courts only,) nor to touch the debtor's lands, nor to sell his goods to raise the debt adjudged, but merely to seize them and keep them till the debt was paid, and by reason of some other inconvenient circumstances attending them, these Baronial jurisdictions are seldom applied to. However, they have still one very considerable mark of dignity belonging to them, which is, that the highest and most important civil action that is known in the English Law, to wit, a writ of right to decide finally and unchangeably the right of a man to his freehold land, may and ought regularly to be brought in these Courts, and cannot, as I apprehend, even at this day, be brought any where else, not even in the King's highest Court of Civil jurisdiction, the Court of Common Pleas, without an express release from the Lord of whom the land in dispute is holden, of his right of having it decided in his own Court-Baron.

Restrictions of the fines imposed by these Seigniorial jurisdictions

In these Seigniorial jurisdictions the Seigniors used to sue for their quit rents and other dues, and the freeholders were condemned to pay them within a reasonable time, under the penalty of being fined to the Lord's use; but the fine imposed upon these occasions could never exceed three French livres, or half-a-crown sterling. The fines to which these Courts condemned offenders for very small offences, such as abusive language, and the other particulars, that constituted the *petit criminel*, were likewise limited to the very moderate sum of seven French sous and a half, or three pence three farthings sterling.

Remarks on these Seigniorial Jurisdictions.

Such were the judicial powers of the Seigniors, which seem to be liable to fewer objections than the powers of determining many things in a summary method vested in the Justices of the Peace



in England. For they gave them less opportunity of vexing and oppressing people, and the persons in whom they were vested were those whose interest it was, not to vex and oppress them, but to make them easy and contented in their situation, that they might apply themselves cheerfully to the cultivation of their lands, and regularly pay them their quit rents and other dues, whereas it happens not unfrequently in England that the Justices of the Peace have little or no common interest with the people in their neighbourhood, over whom their authority is exercised. In short, these Seigniorial Jurisdictions seem to have contributed to three very useful ends; first, to have afforded the freeholders or commonalty of the country a convenient opportunity of obtaining justice in the small disputes that arose among themselves, at their own homes, without the burthensome expense both of time and money that must necessarily follow their attendance upon remote Jurisdictions; and secondly, to have afforded the Seigniors a convenient opportunity of enforcing the payment of their quit rents, and other dues which are so extremely small (perhaps not above five or ten shillings sterling from each man,) that they would not bear being sued for in any other Court; and lastly, to have preserved a reasonable and moderate subordination of the freeholders to their respective Seigniors, productive of respect on the one side, and affection on the other, and which is extremely consonant to the constitution of every species of monarchical Government, and perhaps even to that of a well regulated commonwealth, as tending to the support of the different ranks of men established in the state without encroaching upon each other, and thereby contributing in a high degree to the maintenance of the public tranquility. The levelling spirit, which is the effect of a total want of distinction of ranks in the State, or of a confusion of them, after they have once been introduced, has a natural tendency to produce envy, avarice, luxury, and faction, and all the misery both public and private that accompanies them. The former of these causes seems at this present time to produce these unhappy consequences in the English plantations in North America, and the latter in Great Britain itself.

Useful consequences resulting from them.

Pecuniary advantages attending these Seigniorial jurisdictions.

These Seigniorial Jurisdictions, were accompanied with some pecuniary advantages to the Seigniors, such as the fines paid by persons convicted in them of small offences, and the escheats of the lands and goods of such persons within the Seigniories as died without heirs and intestate; which escheats belonged to the king, where the Seignior had not this jurisdiction by his original grant, and also where, though it was granted to him, he neglected to pay a judge to exercise it. For these escheats and other casual profits, arising in the Seigniory were considered as a compensation to the Seignior for his trouble and expense in holding his Courts, and a return for the benefit the deceased possessor had received in his life time from the administration of justice in them; and it was upon this principle, that where the Seignior either had not this jurisdiction, or neglected to exercise it, so that the inhabitants of the seigniory were obliged to resort to the king's courts to obtain justice, these profits belonged to the king.

U.W.U. 1411

Injustice of taking them away without making the Seigniors a compensation for them.

It follows therefore, that it would be an act of positive injustice to the Seigniors to deprive them at once of these judicial privileges which were thus accompanied with pecuniary advantages, without giving them some compensation for them, as much as it would be to deprive them of their quit rents, or other dues, that constitute the main part of their property. It seems to be both a juster and more prudent method of treating them, to permit them to enjoy and exercise this as well as their other privileges, agreably to the tenor of their grants, and the lawful and accustomed construction of them in this country; and if upon trial, any part of this jurisdiction is found to be either oppressive and pernicious to the people or dangerous to the welfare of Great Britain, such part may be taken away either by an Act of Parliament, or (if the power of the Governor and Council is sufficient for such purpose,) by an ordinance of the Governor and Council; and a reasonable compensation may be made by the same authority to the Seigniors for the loss of it, if such loss is attended with any pecuniary detriment to them, as was done in Scotland with respect to the heritable jurisdictions soon after the suppression of the rebellion in 1746. If the loss of the part of their jurisdictions, that shall be so taken from them is attended with no pecuniary detriment, no compensation need be given them.

Small value of these Seigniories.

These Seigniories though very large in extent, yet produce a very small annual income to their owners. There are in the whole country 128 of them, which produce one with another, less than sixty pounds sterling a year, so that the Seigniors of this Country who are properly the gentry of it, are what in England we should call very little gentlemen. One English Peer, or wealthy Commoner is richer than all of them put together. However, the value of these Seigniories is daily increasing as the number of inhabitants settled on them increases. When they are fully peopled, I conjecture that they will be worth one with another, two hundred pounds sterling a year.

The freeholders cannot make grants of land to be holden of themselves.

The freeholders or peasants who have had lands granted them by the Seigniors cannot make under grants of them, or of any part of them, to other grantees to hold of themselves; but if they are disposed to part with them they must sell them outright, so that the purchaser shall stand in their place with respect to the Seignior, and become his immediate tenant; but they are not obliged to sell the whole of their lands as once, they may sell any part of them in this manner, and keep the rest themselves. By this restraint upon the peasants from granting away their lands to be holden of themselves, it is evident that there never can be more than two classes of landholders in the Province, to wit, the Seigniors who hold immediately of the King, and the *Habitans* or peasants, who hold of the Seigniors; which prevents the confusion and multiplicity of rights, dues and services, that would naturally arise from a number of intermediate Lords between the King, and the Tenant who occupies the land.

The Law of inheritance in the Seigniories.

The Seigniors are properly the gentry of this Country, and their tenure of their land is accounted an honorable tenure. And accordingly, the Law of inheritance in these lands is different from that of the

peasant's lands, and is calculated to preserve their families from a sudden and humiliating decay. It does not, indeed, like the Law of primogeniture in England, give the whole of the father's land to the eldest son without making any kind of provision for the other children; but it gives only one half of the estate in all cases where there are more than two children, and if there are only two children, that is, one beside himself, he is to have two thirds of it. This advantageous share of his father's land is given him in order to make him, as it were, the representative of his father, and to enable him to maintain in some degree his father's rank and station in life. By this division, the younger children have a decent provision made for them, which may enable them to exercise their industry to advantage, and advance themselves in the world by their application to some honorable profession, without a mean dependance on their elder brother for support; and at the same time, the elder brother is enabled to live on the Seigniory in the Mansion House of his father, and continue in a rank and situation of life but one degree inferior to that in which his father had appeared, and thus the honor of the family is supported for at least one or two generations. That the eldest son should be enabled to live so, is, as I conceive, attended with many advantages both to the public and private persons in every form of Government, republican as well as monarchical, and to do more than this, that is to maintain him in the very same condition with his father, and prevent either him or his descendants from lessening the family's estate, either by distributions among the younger branches, or voluntary dissipation, is what cannot be attained without sacrificing the dictates of nature for that purpose, by an absolute neglect of all the younger children, on this account, and without laying such an embargo upon the hopes and views of future adventurers in the path of trade, or other useful industry, as would be highly discouraging to them and consequently detrimental to the public.

The Law of Inheritance in the peasant's land.

The peasant's lands are equally divided amongst all his children,

The restraint upon the subdivision of landed property, upon inheritance.

Though both the Seigniories or peasant's lands were liable to be repeatedly subdivided among the co-heirs of the last possessor, according to the two different rules of partition that have been mentioned, yet this subdivision was not absolutely without bounds; for if the eldest son of the eldest branch of the original Seignior's family, had no more of the Seigniory left than the Manor House and ground close adjoining and belonging to it, called the *vol du chapon* or capon's range, this would never be further subdivided; but if such eldest son had a dozen children, his eldest son would inherit the whole of this remnant of the Seigniory. And with respect to the peasant's lands, the rule was, that no man might build a dwelling house and settle himself upon a piece of land that contained less than sixty superficial French arpents, or about 50 English acres. If a peasant that possessed such a piece of land died and left several children, the land was not itself divided among them, but was to be sold, and the money produced by the sale was to be equally divided among them. However, it was usual for the eldest brother, if he was rich enough, to buy out his brothers share; or if he could not, then for the second brother to have the option of doing so; and if he could not, then for the third,

and so on, and it was only in the case of refusal or inability of them all to pay the others the value of their shares, that the land was sold out of the family.

Notaries.

Conveyances of land, marriage contracts, bonds for the payment of money, deeds of partnership, and in a word, written agreements of all kinds, were usually made in this Country by a set of public officers called Notaries, instead of being made, as in England, by Attorneys or Barristers at law, or money scriveners, or other persons not particularly appointed by public authority for that purpose. Private persons might indeed make them, but the validity of the instruments so made was much inferior to that of those which were made by the authorized notaries. These officers were for the most part appointed by the King's authority, by commissions given them by the Intendant, with power to exercise their profession within a certain district only, and not throughout the whole province.

And as the King had the power of appointing Notaries to act in any District of the Province he thought fit, and, if he had so pleased, to act throughout the whole Province, so the Seigniors had a right to appoint each of them a Notary to act within his own Seigniory. The Notaries appointed by the King were called Notaries Royal, and those appointed by the Seigniors were called Seigniorial Notaries.

These public officers had not only a right to make all written contracts within the limits prescribed by their Commissions, but had likewise the custody of all original instruments which they had been employed to draw; and from this latter part of their business they were called *Gardenotes*, or keepers of written contracts, as well as Notaries, their full title being *Notaires et Gardenotes*. These original instruments were executed by the contracting parties by signing their names, if they could write, or otherwise by putting their marks to them in the presence of two Notaries, which last method was the most common, as the generality of the people in this country are in such a state of ignorance that they can neither write nor read. These original instruments remained always in the Notary's study as in an office of Record, to be there recurred to, inspected and examined by those who had any concern in them, as often as there was occasion, but ought never to have been removed from his custody. The Notary used to give each of the contracting parties, an attested copy of the instrument they had executed, signed by the Notary's own hand; and if any other person had occasion for such a copy, the Notary might give him one, and these attested copies were of as much authenticity and validity in all Courts of Justice as the original instruments themselves, being allowed to be authentic evidence of the contents of those instruments just as office copies of records are received in Courts of Justice in England as authentic evidence of the contents of such records. When a Notary died, the Intendant used to order all the instruments found in his study to be delivered to some other Notary of good reputation in the same district. And as great confidence was placed in these officers, great care was taken to deter them from being guilty of any dishonest action in their profession by very severe laws. If they falsified any instrument in their possession, they were sure to be punished with death.

It has been observed that the intendant's title was *intendant de la Justice, Police et Finances.* His authority in the second of these departments, that is, in all matters relating to the Police of the country was more complete than in the former branch of the administration of Justice, though in that his power was very great. As part of his department of the Police, he had the supreme inspection of the public streets and highways, and the power of causing them to be properly repaired and amended in the manner appointed by the laws. But this power he did not exercise originally in his own person, but only upon appeals made to him by, or against the officer whose particular duty it was to take care of the public highways, who was called the grand voyer, or surveyor general of the highways. This officer was appointed by a commission from the intendant, and his powers were very extensive. He was to take care that all the public roads were in good repair, and where they were bad, he was to issue his orders to the proper persons, whose duty it was according to certain laws made relating thereto, to repair them; and if his orders were not obeyed in due time, he complained to the intendant, who upon inquiring into the matter, and finding the complaint to be well founded, set a fine upon the delinquent. The law in general upon this head was very plain and very judicious, towit, that every man was obliged to keep in good repair that part of the road which was adjoining to his own land. This officer likewise was obliged to take care of the streets and other public places in the towns, and to see that they were kept clean and in good order, and likewise to inspect all new buildings that were erected in the towns, and take care that they did not encroach upon the streets or other public grounds, in so much that no new house or other building could be erected in the towns without shewing him the spot on which it was proposed to be built, and obtaining his permission to erect it. If his orders were thought hard or unjust by the persons to whom they were directed, they might lay them before the intendant who might confirm, reverse or change them as he thought fit, and his decision was final and must be obeyed. It is said the roads were kept in very good repair during the time of the French Government, by means of this officer's authority; but now that other regulations have been made that impede the execution of his office, it is certain the roads and streets are all in very bad condition.

Of the Highways.

This account of the grand voyer or surveyor of the highways, I have received from Mr. Cugnet, a French gentleman, who is at this time surveyor of the highways, for the district of Quebec.

Of the Captains of Militia.

The orders of both the Governor and the Intendant were executed by a most useful set of officers, called Captains of the militia. The whole Province was formed into a militia, that in time of war were bound to do military service under the command of the Governor, (who was, as has been already mentioned, the military commander of the Province) and in time of peace were employed to execute all the orders both of the Governor and the Intendant that concerned in any degree the king's or public service. There was one of these Captains to every ordinary Parish, and in some very large Parishes two or three. The whole number of able bodied men under the com-

mand of one of these Captains was called his company, and was obliged to obey his orders; and the only persons exempted from this obedience were the Seigniors, the Priest, the Notaries and the Judge, Fiscal Attorney, and Register of the Seigniorial Court, (where the Seigniors had appointed such officers) and perhaps a few other persons whose public employments gave them such a privilege. Beside the Captain, or first Captain, there were in every company of militia, three other subordinate officers called the second Captain, the Major and the ensign of the company, and all these officers were appointed by the Governor of the Province by commissions in writing. And besides these officers who were thus commissioned by the Governor, there were to every company two or more officers of a lower class called Sergeants, who were appointed by the first Captain, and whose number was increased or diminished at his discretion. In time of war, these companies were obliged to defend the King and the King's domestic land, from any invasion or injury, and for this purpose to march into any part of the Province that the Governor should think fit to send them to; but they were not obliged to march out of the Province.

Manner of appointing the Captains of Militia.

Though these Captains and the other three officers of these companies of militia were appointed by the Governor of the Province, yet it was not done without the advice and consent of the Seignior and principal freeholders of the Parish. The Seignior usually recommended to the Governor the person he thought the fittest for this employment, and the Governor after receiving this recommendation, ordered him to be proposed to the inhabitants of the Parish, that their sentiments concerning him might be known before he was appointed. This was usually done at the Parish Church on a Sunday, when the people were assembled to hear the mass. If they approved the person proposed to them for their Captain, the Governor gave him his commission, but if they expressed any dislike of him the Governor would name another. Sometimes this ceremony of proposing him to the people for their approbation was performed after the Governor had given him his commission; and upon their expressing a disapprobation of him, the Governor has superseded him and named another. Yet I have understood this regard shown by the Governor to the inclinations of the Seignior and other inhabitants on these occasions to have been the effect of his good sense and condescension rather than a matter of absolute necessity; for that an appointment of this officer, without consulting either the Seignoir or the inhabitants would, according to the strict rules of law, have been a legal appointment. This was the manner of appointing the first Captain of the company; the others were appointed with less ceremony and caution, as being of less importance and subject to the orders of the first.

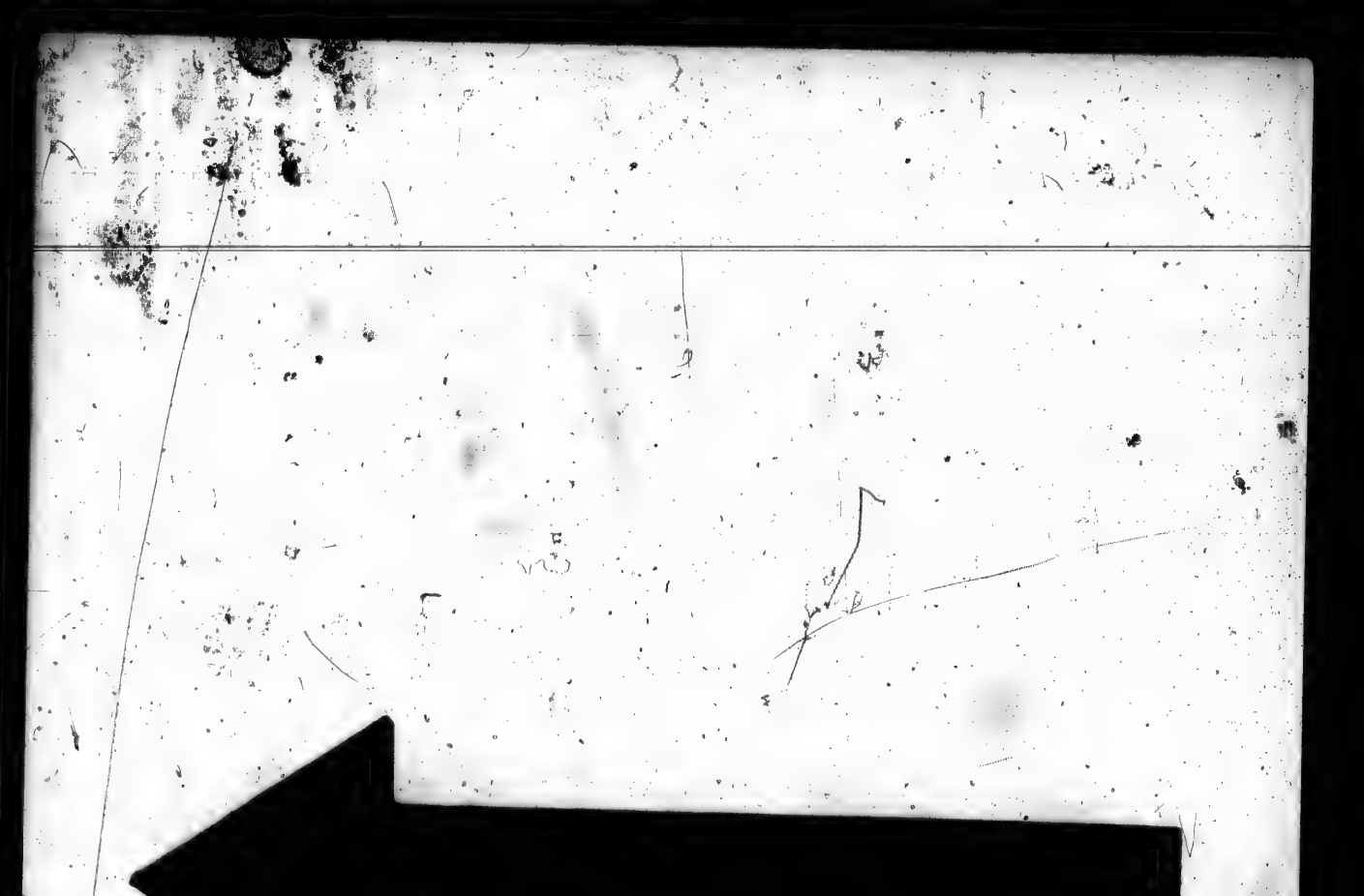
By this care in the appointment of the first Captains of these companies of militia, it usually happened that the persons appointed to this employment were the most substantial, courageous, intelligent and discreet freeholders in the Parishes to which they belonged; and being chosen likewise with the consent and good liking of the other freeholders, they were readily obeyed and wonderfully respected by the people. This respect was their principal reward; for

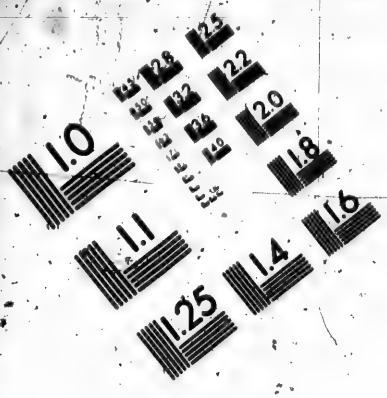
they received and desired no other advantages from the Government in consideration of their services than the right of wearing a sword or hanger on common occasions, with some other little marks of pre-eminence, such as sitting in the next seat to the Seignior in the Parish Church, and having a larger piece of holy bread than the other inhabitants at the celebration of the mass; and now and then a trifling present from the Governor or Intendant, as for instance five or six pounds of gunpowder and a dozen pounds of shot as a mark of their regard and approbation.

As they were [illegible] Governor, they were liable also to be displaced by him whenever [illegible] this he never did except for misbehaviour, of which I [illegible] there were very few examples; so that their employments [illegible] permanent, and in a manner for life, which gave them great [illegible] amongst the people, who acquired a habit of obeying them, and their [illegible] nuance in their commands had the further good effect of making them careful in the duties of their office, and consequently ready in the execution of the orders they received from the Governor and Intendant.

Upon the death or removal of one of these first Captains of the militia, the Governor would usually choose one of the other three officers of the company, that is, the second Captain, Major, and Ensign, to supply his place with the consent and approbation of the Seignior and the freeholders of the Parish, in the manner that has been mentioned, and the hopes of succeeding to the post of first Captain was a motive of emulation to these inferior officers, to distinguish themselves by their diligence in the discharge of their duties, and acquire the knowledge and reputation that were necessary to qualify and recommend them to that preferment.

These were the officers by whom the orders given by the Governor and Intendant that related in any degree to the King's or public service, were carried into execution. For example, if provisions for the use of the troops were to be carried from one end of the Province to the other, or to one of the King's remote garrisons, or posts for trading with the Indians, the inhabitants carried them from Parish to Parish under the direction of those Captains of militia at the moderate rate of half a crown of English money per day, for the use of a carriage with a driver. If wood for fuel was to be brought to Quebec or Montreal for the use of the garrison, or of the Governor and Intendant or other officers of Government, it was conveyed in the same manner from Parish to Parish by the inhabitants under the directions of these Captains at the same moderate price. If an express was to be forwarded with all possible expedition to communicate some important piece of intelligence to an officer in a distant part of the Province, it was done also by the means of these Captains, who chose out the humblest of the inhabitants to carry it without a moment's delay to the next Parish, and so from Parish to Parish till it reached the person it was sent to; and this I am told was used to be done gratis. And if a public road was to be made or mended, it was done in like manner gratis by the inhabitants of the several Parishes, through which it passed, under the direction





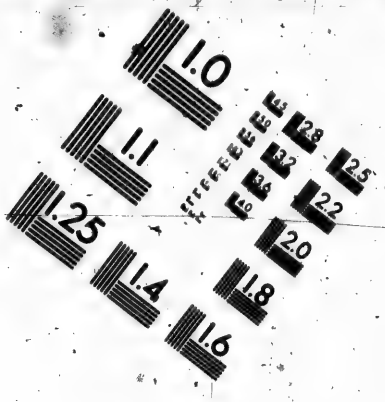
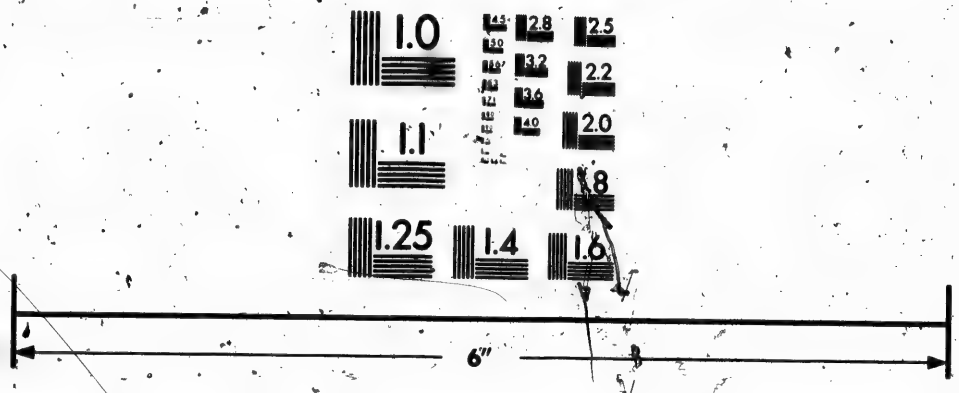
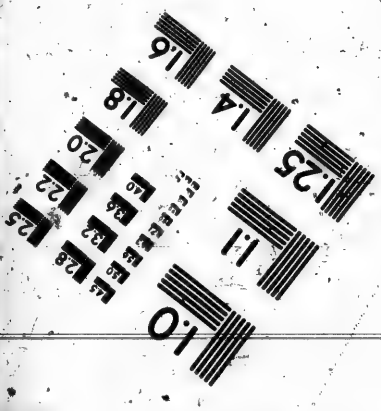
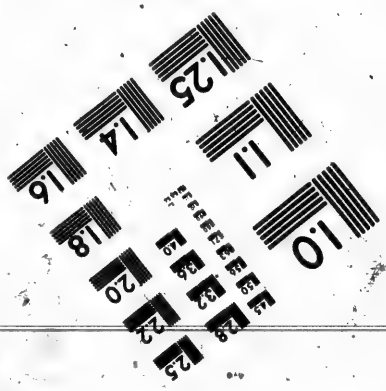


IMAGE EVALUATION TEST TARGET (MT-3)

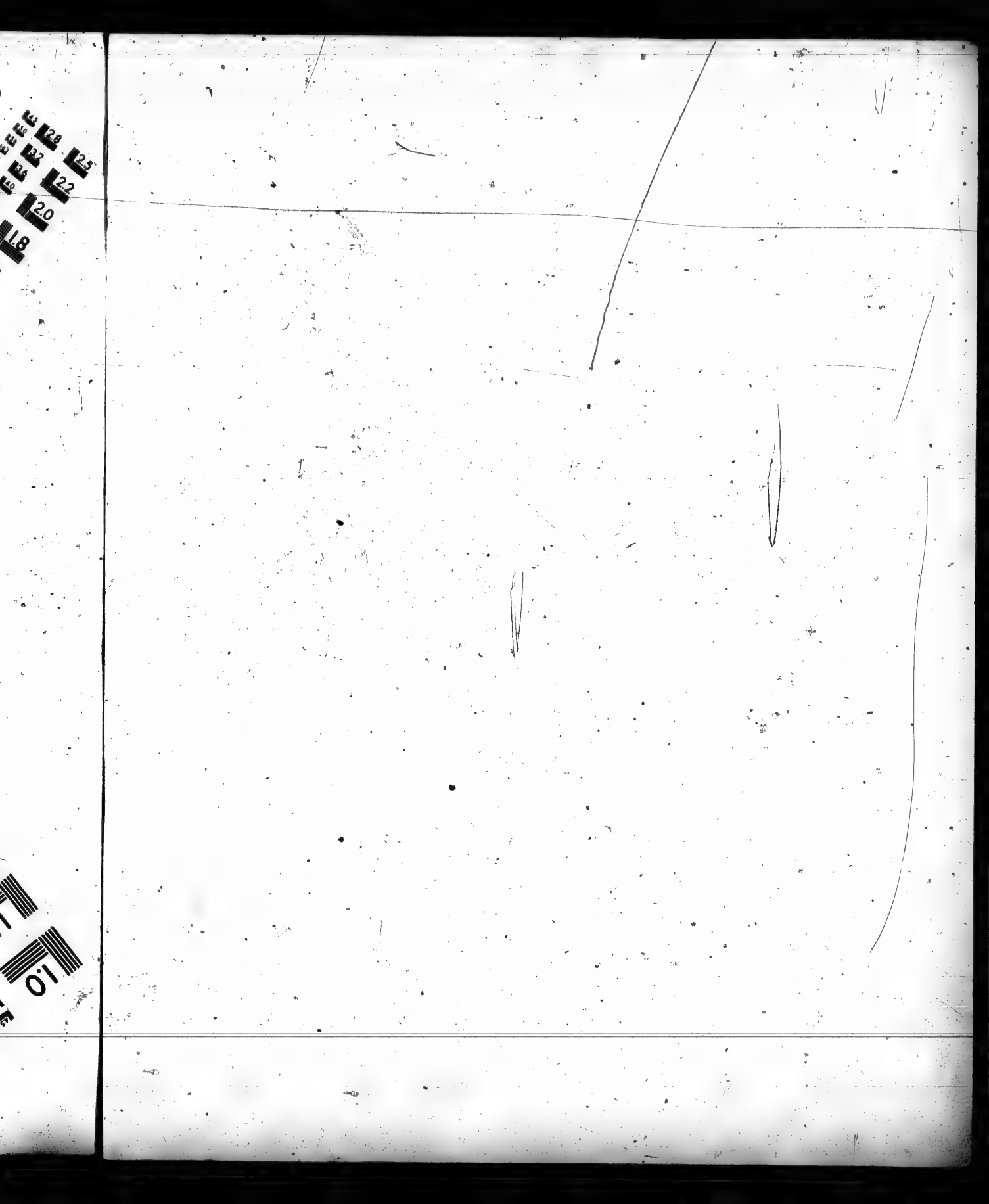






Photographic Sciences Corporation

23 WEST MAIN STREET
WEBSTER, N.Y. 14580
(716) 872-4503



of their respective Captains, according to the orders given for that purpose by the *Grand Voyer* or Surveyor of the Highways. And the same may be said of every other duty of a public kind, or that related to the King's service, whether of a civil or military nature. If the business was of a military nature, the Governor gave the order concerning it; if it was of a civil nature, and related to the administration of Justice, the police or domestic regulations of the Province, or the Public Revenue, the order was given by the Intendant, and met with the same obedience from the Captains of the Militia and Inhabitants under their command, as the orders that were given by the Governor. In both cases the orders came equally from the King and related to the King's or Public Service, and therefore required and met with a punctual and cheerful obedience, for the very name of the King and the King's Service was sufficient to make both the Captains and other Inhabitants exert themselves with the utmost diligence in the execution of the orders they received.

Since the institution of the civil Government, these Captains of Militia have been put down, and other officers called Bailiffs and sub-Bailiffs have been appointed in their stead.

The consequence of this change is a general incapacity and negligence in the execution of all public orders throughout the Province. The Bailiffs are and must be for the most part, persons who can neither write nor read, because the bulk of the Canadians are in that state; there being not above two or three persons in a Parish who know how to read, out of which the Captain of Militia used to be chosen. This degree of ignorance is very inconvenient in the officers who are to receive and execute the orders of the Magistrates and Courts of Justice, and occasions many mistakes and irregularities. And further, the power of these Bailiffs not being clearly known, especially to the Canadians, the orders given them are but imperfectly obeyed. They neither know what they are to do themselves, nor do their neighbors know how far they are bound to obey them. The docile and obedient temper of mind and the habit of subordination, for which the Canadians have formerly been famous, are wearing off a pace; and the care that used formerly to be taken about matters of public concern and utility (such as keeping the roads in good repair, furnishing the town with fuel and provisions at fixed and reasonable prices, and other objects of police) is now no longer to be met with. On the contrary, everything seems falling into a general relaxation and confusion which is thought to be owing in part to the suppression of these Captains of Militia. In short, it seems to be generally agreed, not only amongst all the Canadian gentlemen, but amongst all the English, who were here in the time of the Military Government, that those Captains of Militia were a much more useful set of executive officers than the Bailiffs who have been appointed in their stead.

Method of providing for Bastard Children.

There was another institution in the time of the French Government, which by reason of its great utility, ought by no means to be omitted: This was the care taken of bastard children and their unfortunate mothers, both before and after they were delivered of them. They were provided for by the King's authority, and at his expense in the fol-

lowing manner. Every single woman that found herself with child, was obliged to go to the King's Attorney of the District in which she lived and make her condition known to him. If she neglected to do this, and the child she was afterwards delivered of happened to die, the presumption of law was taken strongly against her that she had destroyed it; but if she had made her declaration in due time, the presumption was taken the other way, and strict proof was required to convict her of that crime. This made all these women resort to the King's Attorney, and acquaint him with their condition. They used to come to him in the evening or at night in the most secret manner, and would often send word beforehand to desire a private hour. And he kept their secret with the strictest fidelity; imparting it to no person whatsoever, unless they themselves made it necessary by desiring to be taken care of at the King's expense; and then he imparted it only to those persons whom he employed to take care of them For in that case, he would give the girl a billet of recommendation to some trusty good woman in a country village, at a distance from the Parish where her parents lived, directing her to receive the young woman in her house and take care of her during her pregnancy and lying-in, and till she was perfectly recovered; and when the child was born, he disposed of it in like manner to the same or some other honest and trusty countrywoman, to be maintained and taken care of during the first year of its infancy. The King paid the expense of all this care. The Attorney in his name allowed the woman to be thus employed, a certain very moderate weekly sum during the time he continued to employ them; for which he gave them drafts signed by himself upon the Receiver General of the Revenue, which were sure to be paid without difficulty. They were naked drafts upon the Receiver General, without mentioning the name of the mother or child that had been maintained by the bearers of them, because this would have disclosed the secret and dishonoured the mother and her family; and the King placed a sufficient confidence in his Attorney to suppose that he would not abuse this power entrusted to him by giving these drafts to persons who had not earned them. In this manner there would sometimes be four or five hundred bastard children at a time in the whole Province, maintained by the King's bounty in the houses of the Peasants or Freeholders, under the care and superintendance of the King's three Attorneys. They were brought up in the same manner as the Peasant's own children, and were often treated with the same degree of tenderness. If the mother or other relations of these children at any times afterwards thought fit to take them to themselves, they applied to the King's Attorney for an order to have them delivered to them, which could not, however, be obtained without declaring to him their present situation and circumstances, and their reasons for making this application, and giving him satisfactory ground to hope that they were able and willing to take proper care of the children they so applied for; otherwise he would dispose of them when they were seven or eight years old, as apprentices or servants, to such of the peasants as were inclined to take them, and bind them in such services for a certain number of years, and if he thought proper, to the age of twenty-one. The King's Attorney kept an exact list of all the children he had thus under his

care, with their ages, their names and the names of their mothers, and of the nurses to whom they were put out, and used to enquire from time to time how they did and how they were taken care of. And as it was well known that he always had so many children at his disposal, it would often happen that such of the peasants as had no children of their own would apply to him, to give them a child, promising to take good care of it and bring it up as if it was their own; and this would often end, if the child thus taken behaved to his foster father's satisfaction, in his making him the heir of his land. The whole expense to the King of this noble and useful charity was no more than £1,500 sterling a year This method of providing for bastard children is now entirely laid aside, and what becomes of the poor infants is not known.

End of the view of the Civil Government of this Province in the time of the French.

These are the most important particulars relating to the Civil Government of this Province and the administration of Justice in it, in the time of the French. I say nothing of the state of the Church, or of the trade, taxes and revenue of the Province in that time, as I presume his Majesty's ministers have been already supplied with ample and exact accounts of all those articles. I shall, therefore, conclude this discourse by making a few observations on the effects which the change of Government has produced with respect to the Canadians, and shall endeavour to point out those particular circumstances attending it, by which their condition is altered for the worse, to the end that the wisdom and benignity of his Majesty's Counsels may apply such remedies to them as the nature of the case will permit.

The first inconvenience brought upon the Canadians by the Conquest.

The first hardship that the Canadians labor under from the change of Government, is the loss of their employments under the Government, and their incapacity by reason of their being Roman Catholics, to be preferred to any new ones. The loss of their employments is a trifling and natural misfortune for a conquered people to undergo, and usually, I presume, attends a conquest under the mildest conquerors, it being but a reasonable precaution in the conquerors to trust the execution of the laws and the support of the new Government to persons of their own country, attached to their own religion, principles and manners by a long and rooted affection, rather than to subjects of the conquered nation, of a new and doubtful allegiance, and a different and even hostile religion. And besides, this misfortune doth not affect more than a dozen persons in the whole Province, as the greatest part of those who held employments under the French Government have retired to Old France. And as to the general incapacity to hold employments by reason of their being of the Popish religion, it is no greater a hardship than is imposed in England and Ireland upon Quakers, Presbyterians and other dissenters from the established Church, though zealous Protestants and friends to the Protestant succession. While this continues to be the case with Protestant dissenters, it can hardly be deemed a hardship upon Papists.

A second inconvenience.

The next inconvenience, the Canadians suffer from the change of Government, is, the being forced to pay a much greater price for all European commodities than they used to pay before the Conquest. They

say they pay three times as much as they used to do for all linens and silks, so that the common people throughout the country have got into a custom of making their own linen. And they complain that the linen they thus buy for three times the old price, is of a bad quality, that soon grows flimsy and wears out. I heard one gentleman say, that some table linen he has had by him for eighteen years, that was made either in France or Flanders, (but I think at Courtray in Flanders,) and that he had constantly made use of during that whole time, is now at this present time better and less worn than some table linen made in Scotland which he bought only three years ago, and which he has used only in its turn with the other. In like manner they are now obliged to pay three times as much for bad Spanish wines, which they dislike, as they used to pay formerly for good French wines, of which they were very fond. And they pay more, though I know not in what proportion for bad New England rum made of molasses, and reckoned to be one of the most unwholesome liquors in the world, than formerly for French brandy. These are substantial inconveniences that are felt in some degree by the whole people, but more particularly by the better sort, who used to buy considerable quantities of wine and fine linen. They allow our woollen goods to be pretty good, and tolerably cheap.

These disadvantages are, however, more than compensated with respect to the peasantry of the Province, (who make the bulk of the inhabitants,) by the great ease and tranquillity they now enjoy, and the opportunity it affords them of exerting their industry to the utmost (or rather to their utmost, for they are but a lazy people,) and reaping the full benefit of it, instead of being harassed by continual wars, either with the Indians or with the English in the neighbouring Provinces, which used to destroy great numbers of their young men, and keep others at a distance from their homes and from the cultivation of their lands, and thereby prevented them from increasing either in wealth or numbers. At present they increase in number very fast.

A third inconvenience.

A third inconvenience that has followed from the conquest of this Province, is the great diminution of its two principal branches of trade, the trade of fish oil made out of the whales and seals that used to be caught in the Gulf and River St. Lawrence, and the trade for furs carried on with the Indians in the upper country above Montreal and towards the five lakes. The causes of the declension of those branches of trade are various and deserve well to be inquired into. The effect of them is the daily ruin of many persons concerned in those branches of commerce, and an increasing scarcity of money throughout the whole Province, and the general diffidence and want of credit and stagnation of commercial industry, that must be their natural consequence.

A fourth inconvenience.

And the fourth and last inconvenience which the Canadians labor under since the change of Government (and which by His Excellency the Lieutenant Governor's directions, I shall enlarge upon more fully than the former in order to set forth to his Majesty's Ministers, the necessity of applying an immediate remedy thereto,) is the great and sudden alteration of their laws, and of the method of administering justice among them,

since the institution of the Civil Government. This is truly a curse to all the country; for it throws every thing into confusion and produces a general uncertainty concerning men's rights. A few instances will set this matter in a proper light.

Law of inheritance of land.

By the sudden introduction of the laws of England into this Province by the Grand Ordinance of the 17th of September, 1764, every eldest son might claim the inheritance of the whole of his father's land upon his dying without a will, which is almost universally the case with the Canadians. By this change, therefore, five-sixths of the young Canadians would be disinherited; which if it were attempted to be put in practice (as it must be as soon as any eldest son shall insist upon his right by the new laws) would probably cause a civil war, but at least must produce a great deal of misery to individuals, and create infinite dissension in private families. All sudden alterations in matters of positive institution such as are the laws of inheritance, are impolitic, and in some degree unjust, because they disappoint honest expectations, that are founded on ancient and respected customs, and approach very near to rights. And though the law of primogeniture in England, tempered as it is by the power of making wills, and devising part of the land to the younger children, or charging it in the hands of the eldest son with portions to be raised for them, is found to produce no ill effect, yet in this Province it would be very inconvenient, as the inhabitants for the most part can neither write nor read, and are not accustomed to make wills, nor have the same conveniences for doing so that are to be had in England. If such a law is intended to be introduced, it ought to be done by an Ordinance specially made for that purpose, giving the Canadians full and fair notice of it, and warning them to proceed immediately to make their wills with all the requisite solemnities, if they mean to prevent it taking place in their respective families.

Further, by the introduction of the laws of England, the rule of distribution of personal estate upon the death of a person intestate, is likewise in many cases changed from what it was before by the French law. One instance of this difference has happened within my own observation. If a man dies unmarried and intestate, leaving a mother and a sister, by the English law the mother and the sister will divide his personal estate equally; though if he had left a father and a sister, the father would have had the whole; but by the French law the mother is entitled to the whole as well as the father. Which of these laws shall take place in this Province is in itself pretty immaterial and certainly of very little consequence to Great Britain, but the sudden change of the one for the other without giving the people fair notice of it that they may provide against it by their wills, is likely to produce a great deal of family uneasiness.

Guardianship of the Estates of Minors.

Again, the method of taking care of the lands and effects of deceased persons for the benefit of their infant children, was very different among the French from that which is used in England, and which ought to be used here according to the King's instructions concerning the granting letters of administration and according to the Grand Ordinance above mentioned, which introduces at one stroke the whole body of the English law.

The method among the French was as follows; the near relations of the deceased person used, immediately after his decease, to assemble together in order to choose a Guardian to take care of his estate, both real and personal, for the benefit of his infant children. This Guardian was usually one of the relations who was thought by the other relations present at this meeting to be a fit person for this employment, and likely to discharge the duties of it to the advantage of the children. This choice of a Guardian was made in the presence of a Judge, whose duty it was to preside in such assemblies and to take care that every thing was conducted in them fairly and regularly; and the King's Attorney of the district used likewise to be present at these meetings to support the interest of the minors, and to consent on their behalf to what should therein be lawfully transacted; all minors being as has been already observed, under the special protection of the Crown. Before the Guardian took upon him the management of the estate and effects of the deceased, an exact inventory was made of all the lands, goods and effects of every kind belonging to the deceased, and was produced in one of those meetings before the Judge, and acknowledged by all the parties concerned to be a true and exact inventory. By this means the Guardian made himself answerable to the minors when they should come of age, for all the things contained in this inventory; and on the other hand the minors were bound by the consent which the King's Attorney had given for them to the allowance of this inventory, and were thereby precluded, when they came of age, from calling the Guardian to account for more effects than were contained in it. And it was therefore the duty of the King's Attorney to be very careful that this inventory was a full and exact one, and, such as gave the Guardian no opportunity to embezzle any part of the effects of the deceased. This inventory was consented to in this manner in the presence of the Judge above mentioned, who thereupon confirmed and allowed it. The Judge in like manner approved and confirmed the election of the Guardian after the relations had chosen him, and the King's Attorney had consented on the behalf of the minors to their choice, as to that of a person most likely to manage their estate with care and fidelity. And upon this allowance of the Judge, and not before, the validity of the nomination of the Guardian, and of the inventory of the effects of the deceased, became completely established. This allowance of the inventory by the Judge was called the *Clôture de l'Inventaire*, that is, the closing or shutting up, or final completion of the inventory. When this was done, the Judge ordered a memorial of the election of the Guardian and a copy of the inventory to be registered in books that were kept for that purpose by a *Greffier* or clerk who attended on these occasions, and this registering them was called *insinuating* them, and the books in which they were registered were called *the registers of the Insinuation* of the elections of Guardians and the Inventories of deceased person's effects. The fees of the Judge, the King's Attorney and the Clerk who registered these transactions were extremely small, only five or six shillings amongst them.

This method of taking care of the effects of deceased persons for the benefit of their infant children (though perfectly unknown to the English Law, and contrary to the King's instructions concerning letters of administration, and to the

ordinances of this Province, and consequently quite illegal and irregular) is followed to this day by almost all the Canadians, hardly any of them having ever taken out letters of administration to their deceased relations. And if it be asked who has acted as judge on these occasions, who as King's Attorney, and who as Register of the insinuations, it must be answered that one single Notary of the name of Panet, has, either by a verbal authority from General Murray, or by no authority at all, (for he has no written one) taken upon him hitherto to exercise all the three offices, though in their nature inconsistent both, with each other, and with the profession of a Notary. What scenes of confusion are likely to arise from hence, hereafter, no one can foresee, since things done thus in opposition to the Laws now in being, and by a person, who could not, if the French Laws were in force, legally hold the several offices he has exercised, may justly be contended to be void. The French are much attached to this method of choosing guardians for the Estates of Minor children; and as it is thought that if they were at once to be forced to take out letters of administration according to our Law, and the King's instructions, it would give them a good deal of disgust, one inconvenience would obviously arise from such a change, which is, that the introduction of the English Method of administration would bring with it the English rule of distribution of the effects of the deceased, which being different from that observed by the French, would create a great deal of uneasiness among the Canadians.

It must further be observed that the obliging all persons to take out letters of administration to their deceased relations would be in some degree injurious to the rights of the Seigniors, who have some authority of this kind in their Seigneurial jurisdictions. And these rights ought to be considered as a part of their property, and not to be taken from them without a compensation.

These are some of the inconveninces under which the Canadians labor by the change of the laws and method of administering justice in this Province; and it is easy to observe that they are of a growing kind, and likely to be felt more frequently, and more severely every year than the foregoing. Other inconveniences might be mentioned, such as the possibility of introducing the practice of entailing estates, and the subtleties of destroying such details by fines and recoveries, and the niceties about trust estates, and about the construction of wills, containing devises of lands, as when they contain devises in fee, when only in tail, and when for life; all which would increase the litigation in the Province one hundred fold, and put the whole body of the people, lawyers and all, into an inextricable maze of confusion. These things have not yet been practised, but may be put into practice, according to the laws now in being, whenever any one shall choose to introduce them. And in the administration of justice, the great delay by having the King's Courts sit only three times a year instead of twice a week, the dissatisfaction that arises by having their causes pleaded in a language which they don't understand, and the increased expence of law-proceedings in comparison of that used formerly to be paid for them, are substantial inconveniences that the Canadians really labour under. In order to remove these inconveniences, and to give the Canadians a set of Laws, and a mode of administering Justice, more convenient and suitable to their in-

clinations, and recommending that they formerly enjoyed as nearly as the circumstances of their being subject to the British Crown will permit, it is humbly submitted that the following plan might be of use.

A PLAN FOR SETTLING THE LAWS AND THE ADMINISTRATION OF JUSTICE IN THE PROVINCE OF QUEBEC.

In the first place it would be expedient to revive in a great measure, if not altogether, the Laws and usages that were followed in this Province in the time of the French Government; more especially those relating to the inheritance, tenure and alienation of landed property, and the distribution of personal estate upon a person dying intestate. These laws and usages might be rendered into writing by some of the most intelligent French gentlemen in the Province, so as to form a complete code that should contain the whole body of these laws and usages, with a sufficient comment to illustrate and explain them, and in short every thing that was necessary to be known about them. This code instead of being called *the Custom of Paris*, which is the name by which the laws of the Province were formerly described, might henceforth be called *the Custom of Canada or of Quebec*. When this code is drawn up by the ablest hands that can be found in the Province, for such a work, it should be shown to all the gentlemen of education and judgment, or that have any skill in the Laws and Customs of their Country in the whole Province, such as the Notaries, Lawyers, Priests, Seigniors, Merchants and principal citizens, and such of the peasants as know how to read; and copies of it should be left with them for their perusal; and when they had well considered it, those of them who judged it to be a true collection of the laws and usages that were formerly observed in this Province, should certify their approbation of it in writing. If all or the greatest part of them agreed in declaring it to be a true collection of those laws and usages, it might safely be considered as such by the British Government, and examined by his Majesty's Ministers in order to judge how far it might be proper to confirm and continue these laws and usages, and in what particulars it might be necessary to change them. This appears to have been the conduct of two great Conquerors, in our own history; William the Conqueror, and Edward the first: the former, after he had subdued the English Nation, caused twelve of the most understanding men in every county to give him an account of the laws and customs of the country; and when he had thus informed himself what they were, he rejected and abolished some of them, but approved and confirmed the greater part of them, and added to them a few of the laws of Normandy, which he judged to be most necessary to the defence of the Realm; which are thought to be the laws relating to military tenures.

Plan of William the Conqueror upon the Conquest of England.

And Edward the First, after he had conquered Wales, made a similar enquiry from the most judicious of the Welshmen, what their laws and customs were; and after having heard them, did, in the presence of, and with the consent of his nobles assembled together for that purpose, confirm a great part of them, and introduce by express words (not in

And of Edward the first upon the Conquest of Wales.

the lump as the Grand Ordinance of this Province of the 17th of September, 1764, introduced the whole law of England,) some particular writs and processes, and other things taken from the laws of England, and altered and corrected a few of the Welsh customs which he disapproved; but this he did in a mild and gentle manner, so as to make the alteration as little irksome to the people as possiple, and not by suddenly changing them into the customs that prevailed in the same cases in England, which differed too violently from that of the Welsh. The customs I allude to were these two; that if a man had both lawful sons and bastard ones, and died possessed of hereditary land, the bastards inherited equally with the lawful sons; and if he left only daughters, but no sons, the daughters were wholly excluded from the inheritance which went over to his nearest collateral male relations. King Edward and his nobles ordered that daughters should inherit their father's land where there were no sons, and that bastards should in all cases be entirely excluded from inheriting, and that the father's land should be equally divided among the lawful sons, or if he left no sons, amongst his lawful daughters; and he did not introduce the law of primogeniture, though at that time fully established even in soccage lands, all over England. This may be seen in *statutum Walliæ* which is the code of laws he made them, and the additions he introduced from the English law. It is worthy of observation that all these things are said to be made *coram proceribus nostris*, and *de consilio procerum*; from whence it should seem that the King and Parliament of England conjointly, and not the King alone, is the proper legislative authority by which the laws of all conquered countries belonging to the Crown of England ought to be settled.

It is said that such a collection of the ancient laws and usages of the Province, with the necessary illustrations of them might be made in the compass of one quarto volume of a moderate size, if only those parts of the custom of Paris which took place and were practised in this Province were inserted in it.

When these laws were thus laid before His Majesty's Ministers for their examination 'tis probable there would appear no very urgent reason to make any alterations in them, but if any changes appeared to be necessary, might cause them to be made and inserted in the code instead of the laws he disapproved: and after this examination and those corrections of the code, if any such were made, His Majesty might at once by His Royal Proclamation or by our Act of Parliament as shall be thought most advisable, confirm this code and give it authenticity by declaring that all the laws and usages therein contained should be observed in the Province of Quebec, till they are expressly altered by particular Ordinances for that purpose, and that no other laws and usages but those should be in force till they were introduced by particular Ordinances. This would take from the judges, who are to administer these laws, and who will, it is presumed, for the most part be English Barristers at law, the necessity of recurring to the numerous volumes of the French law, to which they might otherwise be frequently referred. It will be sufficient for them to make themselves masters of this short code, which to a man of a moderate degree of industry will be a task of no great difficulty. But if these laws are permitted to subsist at large without being reduced into a code, it would be necessary that

the judges should be complete masters of the whole custom of Paris, with all the various comments and treaties written upon it, in order to fill their offices with ability, and this would be too much to expect from English lawyers or from any but French lawyers bred at the Parliament of Paris, to whom it would not be for the honour or advantage of Great Britain to be under a continual necessity of having recourse for a supply of capable judges in one of the British Provinces.

If after the publication and authentication of this code, it should be found that some important and beneficial laws or usages of the Province had by any accident been omitted out of it by the compilers, it would be easy to supply this defect by introducing those laws and usages anew by a particular ordinance made for that purpose.

Of the Criminal Laws.

In this code, in order to make it complete, might be inserted a system of Criminal Law, perhaps that which was observed here under the French Government may be the fittest of any that can be proposed; if upon examination it shall be found in itself a tolerably judicious system, for it ought certainly to be preferred to any other system of nearly the same intrinsic merit on account of its having been before the law of the country, and as such, being well known to and respected by the people. But in this case it would be necessary to correct it in these three important particulars, which are contrary to the spirit of the British Constitution, and the mildness of the British laws throughout all the dominions of Great Britain, to wit, the cruel punishment of breaking on the wheel, the use of torture, and the power of arbitrary imprisonment without assigning a cause. The punishment of breaking on the wheel should be changed into hanging or beheading, or some other simple and unpainful mode of putting a criminal to death; the use of the *question* or torture should be entirely abolished; and in lieu of the power of imprisoning without assigning a cause, which in France is a great instrument of oppression, the English laws relating to the writ of *Habeas Corpus*, or a regulation tantamount to it should be immediately introduced, that is, a regulation should be made ordaining that no man shall be imprisoned by any Magistrate, or other person whatever, not even by the Governor himself, without a warrant in writing under his hand expressing the cause for which he is imprisoned; and that every person who was in custody or restrained of his liberty upon any account whatsoever should have a right to be carried before one of the King's Judges, (if he denied it, and would be at the expense of it) to have the cause of his imprisonment inquired into by the Judge; and that the Judge after making this enquiry, should have a power to decide upon the legality of his imprisonment, and either discharge, bail, or remand him to prison, as the case should require. With these three important alterations the French Criminal Laws might be permitted to subsist without any inconvenience till time and experience should point out the particular changes that it would be proper to make in them.

But if the French Criminal Law is not judged proper to be continued, it would be advisable to make a particular system of Criminal Laws on purpose for this Province, and not to introduce into it at once the whole body of the

Defects in the Criminal Laws of England.

Criminal Law of England, because some parts of it are evidently inconvenient and unsuitable to the circumstances of this Province. I will mention a few particulars in which this will be very manifest. In the first place the benefit of Clergy is a most absurd custom and a disgrace to the Criminal law of England. It is a remnant of that iniquitous privilege which the Clergy of England usurped in the darkest times of Popery, of being free from the authority of all secular jurisdictions, the very memory of which impudent pretension ought now to be abolished. This might be done by enumerating the several felonies for which the benefit of clergy is allowed, and declaring that the persons who were guilty of them should, for the first offence, be punished only by burning in the hand or by transportation for seven or fourteen years, but for the second offence should be punished with death. This would be proper to be done in England itself; but it is more particularly necessary in this Province, in order to prevent the popish clergy who abound here, and indeed compose the whole body of clergy in the Province, excepting the two Chaplains, to the garrisons of Quebec and Montreal, from laying hold of this ancient privilege as a sort of proof and justification of their pretension of being subject only to the Pope's authority and exempted from the King's. It must be observed on this occasion that even at this day the clergy in England have a right to have this benefit allowed them several times, whereas the laity can have it but once.

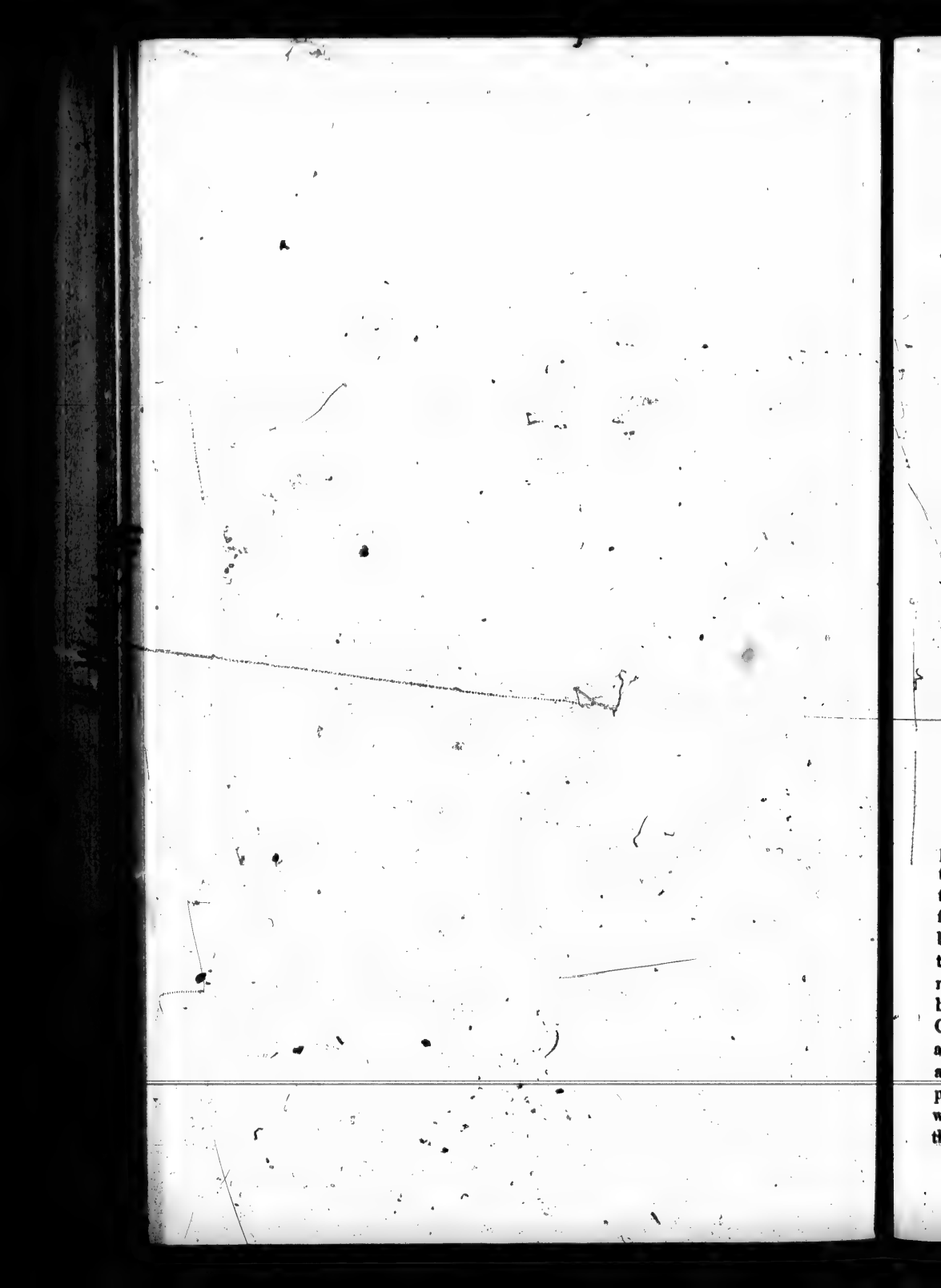
Benefit of Clergy.

In the next place the punishments of clergyable felonies are not very proper for this Province, or at least one of them, to wit, that of burning in the hand; and as to the other, that of transportation to one of His Majesty's American Colonies, to be there sold to slavery for seven or fourteen years, it is doubtful whether it would take place in this Province by virtue of a general introduction of the Criminal laws of England; that is, it may be doubted whether a judge would be authorised by such a general introduction of those laws, to sentence a man to be transported from this Province to any other of the American Colonies, or whether a particular ordinance would not be necessary for this purpose. As to the punishment itself, if it was introduced here in a clear and incontestable manner, it might perhaps, in many cases, be found to be a useful and convenient punishment in this Province as well as in England, though upon the whole it is better suited to England.

Transportation.

But the other punishment of clergyable felonies, that of burning in the hand, is by no means a judicious one, for if it is inflicted slightly or with a cold iron, as is often-times the case, it is no punishment at all, though the crime for which it is inflicted is of a very heinous nature, bordering on a capital crime, and was anciently punished with death upon the first commission of it, and is still liable to the same punishment the second time it is committed. Thus for instance, a man is guilty of killing another in a very wicked manner, and that borders very nearly on murder of malice aforethought, insomuch that the judge and jury are in some doubt whether they ought to consider it as murder of malice aforethought, or only as manslaughter. At last the side of mercy prevails, and he is found guilty of manslaughter. The conse-

Burning in the hands.



quence will be that as he is found guilty of manslaughter only, though of so odious a kind as to be hardly distinguishable from murder, he will be burnt in the hand with a cold iron, that is, not punished at all. This often happens in England, and certainly makes homicides more frequent than they would be if some other moderate punishment short of death was the certain consequence of every voluntary and criminal slaughter of a fellow creature; such for example as an imprisonment for a twelve month upon bread and water, together with the loss of any honourable or profitable employment that the offender might be possessed of, or a suspension from it for three years, after which he might be restored to it upon a supposition of his having sincerely and thoroughly repented of his crime. Insolent and wanton duels upon trifling occasions would be much restrained by a punishment of this kind, and every other indulgence of the passions that put human life in danger. I know that the Judges have power in cases of manslaughter to order the offender to be imprisoned for a year; but it is so seldom practised, that it may almost be looked upon as an obsolete part of the law.

On the other hand, if the punishment of burning in the hand is inflicted in the manner the law directs, so as to leave a mark on the hand that no time can ever wear out, it is then too severe a punishment, in point of infamy, to be inflicted upon any person who is not thought utterly incapable of reformation. It is marking those on whom it is inflicted, for murderers, rogues and rascals wherever they go, and warning all mankind to shun their company and them, if they have any shame left, to shun the company of all mankind, or at least of all the honest part of it. What then can such a man do but associate with others like himself, that is, with rogues, sharpers or banditti, and live by plunder, fraud and mischief, till a repetition of his crimes brings him again before a Court of justice to be sentenced to lose his life? Whereas if his punishment had been less lastingly ignominious he might have hoped to re-establish his character by a subsequent course of good behaviour if not in the place where he was most known yet at least in some distant part of His Majesty's dominions.

It is said by some writers, if I am not mistaken that the intention of this punishment of burning in the hand is to record the conviction of the offender, so that when he commits the like crime a second time it may be certainly known that he has committed it before and he may therefore be condemned to death for that second offence as the law directs. But this I can hardly imagine to be the real intention of this punishment, because in that case it would be useless to inflict it on clergymen, who are entitled to have the benefit of their clergy, more than once, and yet they are not exempted from this punishment, and besides the record of the former conviction preserved amongst the records of Oyer and Terminer, or other Criminal Court in which it happened, is the proper and natural proof of such conviction, and is, if I mistake not always both admitted and required as such by the Judges whether the mark on the prisoner's hand is visible or not. If any mark ought to be set on the prisoner with this view only, it had better be put upon the shoulder, as is practised in the French Law, than on the hand.

There may, perhaps, be some very heinous crimes, for which a public and

visible mark of ignominy would be a proper punishment. But surely it should be for a second or third offence, after the ineffectual infliction of lesser punishments, and the extinction of all hopes of the offender's reformation, which ought usually to be one object of all punishments less than death. Deliberate crimes of the falsifying and fraudulent kind seem, if any, to be the proper objects of such a punishment, as persons who are guilty of these crimes may perhaps deserve to be marked out to the rest of the world as dangerous members of society, against whom men ought to be on their guard. For instance a second or third conviction of wilful perjury or forgery might perhaps deservedly subject a man to such a punishment. But the English Law takes a shorter method with the latter of these crimes, in most cases by punishing the offender with death.

Too many crimes are punished with death.

Another objection to the English Law is, that it punishes too many crimes with death, and those too not of the blackest die. This may be necessary in England where the general prevalence of luxury and debauchery would introduce as general a spirit of fraud and rapine, if the laws made to repress them were not extremely severe. But it may be doubted whether these severe laws may be necessary in a distant province where thefts are not very common, at least among the Canadians. I will mention one instance of this severity. A man that steals more than forty shillings out of a dwelling house, in the day time and without violence, is guilty of felony without benefit of clergy, and to be hanged. This is certainly a severe punishment for such a crime. Perhaps it might in this Province at least be more beneficial to the public to inflict a more moderate punishment upon offenders of this kind, as for instance, to cause them to be punished by whipping, as in cases of petty larceny; and this to be inflicted either in public or private as the Judge shall think the crime to be greater or less, to the end that if the criminal appeared to be a new offender not yet hardened in his vices, the Judge might have it in his power to save him from the shame of receiving his punishment in public, and in no case to exceed the number of forty lashes; and after each corporal punishment to be imprisoned and kept upon bread and water for a month, and after this imprisonment to be compelled to work either at some public work for the king, as the making a new road or a fortification, or the like, or at some trade he was best acquainted with, in the service of some private person who should be willing to employ him, at very moderate wages, till he had earned and paid to the prosecutor, or party injured, twice the sum he had stolen from him, together with all the expense of carrying on the prosecution against him. 'Tis probable that such a punishment would deter many idle young fellows from committing thefts, more than the punishment of death itself, which the law at present assigns to it. And it would certainly have this good effect, that the persons whose goods had been stolen would always prosecute offenders as soon as they discovered them, which would deter people from the commission of this crime, whereas now many people forbear to prosecute from a principal of lenity, because they know that a conviction would touch the offender's life in so much that more than half the thefts that are committed pass not only unpunished but unexamined, which no doubt very greatly increases their number.

A needless restraint upon the King's prerogative of shewing mercy.

Another defect in the criminal law of England is this, that it does not give either the judge or the king, notwithstanding his undoubted prerogative of shewing mercy, the power of changing the punishment affixed to a crime into another punishment less severe and more suitable to the prisoner's circumstances, though the prisoner consents to or desires it. This is very inconvenient, because it often happens that a crime that deserves in general, or in many cases, to be punished with death may, in a particular instance, deserve some lesser punishment, and yet not be a proper object of a pardon. Thus for instance, admitting that it is proper in general to punish highway robberies with death as being a kind of warfare upon the community and terribly detrimental to the common and necessary intercourse of the inhabitants with each other, yet, if a young man pressed by some sudden and urgent necessity for money, whether brought upon him by misfortunes, or by his extravagance, should for once take to the road for a supply, and then should not entirely strip the passenger of all his money but take only what was absolutely necessary to supply his immediate wants most people would think such a person by no means a proper object of capital punishment, nor on the other hand would he deserve a free pardon, yet as the law stands now, one or other of these two extremeties must be his fate, unless the King chooses to cause him to be transported for fourteen years, or any less time, which he is empowered to do by a particular act of Parliament. But this punishment of transportation may not be that which is best adapted to his case, and the king is precluded from changing the sentence of death to any other punishment such as that of working at any public work till he has earned and paid the prosecutor the sum, or double the sum of money he had robbed him of, and the expenses of prosecution, though with the consent of the prisoner. A remarkable instance of this odd and inconvenient restraint upon his Majesty's prerogative of shewing mercy, has been lately mentioned in the newspapers where it is said to have been delivered by the judges as their opinion that His Majesty could not pardon a convict in Newgate under sentence of death, upon condition that he should permit his thigh to be cut off in order to try the efficacy of a new invented styptic application, but that he must either pardon him freely or cause him to be transported to America, or suffer the sentence of the law to be executed upon him. This fantastic formality of the English law whereby it restrains the Crown from doing good as carefully as it need to do from doing mischief to the subject, calls loudly for an alteration.

I know Judge Foster, in his book of Crown law is of opinion that the Crown has already the power of changing a sentence prescribed by the law into one that is less severe with the consent of the prisoner to such a change, but other lawyers say otherwise; and their opinion seems to be confirmed by this late resolution of the judges

Want of solemnity in the execution of criminals.

Another defect in the criminal law of England is this, that the judges and other magistrates and the clergy of the place where a criminal is condemned to die, are not required to be present at the execution of the sentence. In Holland I have been told they all attend at the execution of all corporal punishment with great form and solemnity and if

the punishment is capital, in mourning; which increase the terror of the punishment in the minds of the beholders without aggravating its severity to the criminal. An awful silence is observed upon those occasions by all the people present notwithstanding their prodigious numbers; and they return to their homes with the impressions of terror, compassion and religious fear which such scenes ought to inspire, and which must naturally have a good effect upon the conduct of their lives. Such a custom would be an excellent improvement on the execution of the criminal laws of England.

Custom of pressing for refusing to plead.

Another absurd part of the criminal law of England is the custom of pressing called the *peine fort et dure*, by which it is ordained that a man that will not plead either *guilty or not guilty* to an indictment of felony upon which he is arraigned is to be squeezed with great weights laid upon his breast, till he consents to plead or if he continues obstinate, till he dies. This is a barbarous custom which answers no good end. A strong and resolute crimjnal has now and then endured this torture till he died, and has thereby saved his lands and goods from forfeiture, to the injury of the king and of the Lord of whom the lands, were held who certainly in reason and justice ought to have them in this case as in that of attainder of a felon by his own confession or the verdict of a jury. If it be said that these forfeitures are hard things, and almost unjust, as they disinherit the children for the fault of the parent, and that therefore they deserve to be discouraged, this remark will hold equally with respect to attainders by confession and verdict as to the case of a felon's refusal to plead. It would therefore evidently, be right to abolish this law of the *peine fort and dure* and to consider every prisoner who refused to plead at all as having pleaded guilty, or, if a more merciful treatment of these people shall be thought reasonable, as having pleaded *not guilty*. In cases of high treason they are considered as having pleaded guilty.

For these reasons and others that might be added to them, it should seem that the whole criminal law of England ought not to be introduced into this Province, at one stroke without any alteration or correction; but that if it is not judged to be expedient to let the French criminal law subsist in it, some new and moderate system of criminal laws should be compiled for this Province that should be better adapted to the circumstances of it.

But there is one very strong reason why the criminal law that prevailed here in the time of the French Government should be permitted to continue, till time and experience should point out particular parts of it which might stand in need of alteration, and then those necessary changes might be made by particular ordinances. The reason I allude to is the connection between the French criminal laws and the rights of the King and the Seigniors to a confiscation of the lands and goods of the offenders upon the commission of certain crimes. If the crimes for which these confiscations are to be made are changed, the civil rights of those to whose use they were to be made will be thereby changed at the same time, and perhaps to their disadvantage, which ought not to be done without their consent, or at least, some very strong and urgent reason of necessity or public utility.

The strong prejudice of most Englishmen in favor of the laws of England

I know very well how strongly many Englishmen are persuaded of the excellency of all the laws of England and more especially the criminal laws, above those of all other nations. But I doubt whether this opinion is any thing more than a national prejudice. It is certain that in order to judge fairly of the comparative merit of the laws of England, and those of any other nation, we ought to be well acquainted with both the laws. Without this knowledge we can only form conjectures upon the subject; and in this way of judging it would be natural for an unprejudiced person to suppose that the French system of criminal laws is a better system than the English, because the French system was composed in the reign of Louis the Fourteenth, by the advice of the famous Minister, Monsieur Colbert, by the ablest and wisest French Lawyers that enlightened age afforded, upon a revision of all the criminal laws that were then in being; whereas the criminal laws of England is the same that prevailed in the rude times of the first Roman Kings, patched and mended by a number of different Acts of Parliament, made on different occasions in the course of five or six centuries, and expressed in a variety of different styles and manners, and oftentimes so obscurely as to be hardly intelligible, and the whole without any method or uniformity. What

Reason of this prejudice.

leads people into this inordinate admiration of the laws of England is that they are apt to ascribe to them the great advantages the English enjoy above all other nations of Europe of being secured both in their persons and property against the oppressions of the crown, and of being at liberty both to act and speak in what manner they think proper, provided they do no substantial injury either to their neighbours or the public peace. But these blessings, which indeed are truly valuable, are not owing to the general body of the municipal laws of England, but to the constitution of the government, or to those few important laws that form that constitution. Such, above all others, is the excellent petition of rights passed in the third year of Charles the First, by which it is provided that the king cannot imprison any man without assigning a cause for such imprisonment in the warrant of committment, the legal sufficiency of which cause the judges may examine and decide upon; nor impose taxes without consent of Parliament; nor exercise martial law except in time of actual war carried on within the kingdom. Such is the act of the 31st of Charles the Second, empowering a single judge to grant the writ of Habeas Corpus in vacation time. And such is the declaration of rights upon the accession of King William and Queen Mary; and the act for taking away all pretence in the crown to a power of dispensing with the laws; and the act for regulating trials for high treason; and perhaps three or four other statutes. These few statutes, with a few important decisions of the courts of justice upon the same subjects, and not the general body of the laws of England are the real foundations of those peculiar liberties which the subjects of England enjoy above those of the neighbouring nations. It cannot, therefore, be justly concluded from their enjoyment of these liberties that the other laws of England, either civil or criminal are better than those of other countries.

If his majesty should think fit, for the reasons that have been above set forth, to permit the Canadians to enjoy their ancient laws and usages, the

Reason for concluding that the laws of England have not been yet legally introduced into the Province of Quebec.

easiest way of doing this, and that which will give the least disgust to those who may dislike this measure, will be to declare that they have never been legally abolished, nor the laws of England legally introduced into this Province in their stead, which I conceive to be really the case for the following reasons:—

The King and Parliament and not the King alone, is the proper Legislature of this Province.

In the first place I conceive that no authority but that of Parliament of Great Britain could legally do so great a work. This will appear from the following considerations:—

It is a well known and indisputable maxim of the law of nations, adopted and confirmed by the law of England, that *the laws of a conquered people continue in force, till they are expressly changed by the will of the conquering nation.* This is the first great principle by which we must be guided in enquiring who are legally vested with the power of making laws in the Province of Quebec. The next point to be settled is what part of the conquering nation has a right of declaring the will of the whole with respect to this affair. Now if the conquering nation is governed under the form of a pure and absolute democracy, so that every public affair is decided by a majority of votes in an assembly of all the freeholders, or heads of families contained in it, (such as was the ancient commonwealth of Athens) there will be no difficulty in determining this question, because in this case the will of the conquering people will be actually expressed by themselves. In such a case, therefore, it will be clear that the laws of the conquered nation will continue in force till they are especially changed by an Act passed for that purpose by a majority of votes in a full assembly of the people. But where the conquering nation is not governed in this simple form by assemblies of the whole people, but by some select bodies vested with the authority of the whole (such as assemblies of deputies chosen by the rest, or perpetual senates of rich or elderly men, or a king, or by any mixture of these establishments), some other maxim besides that before mentioned, must be adopted in order to determine in what part of the conquering nation the power of making laws to bind the conquered nation resides. Now the simplest maxim that can be adopted on this occasion seems to be this, *that the same man or body of men that are the Legislators of the conquering nation, become after the conquest the Legislators of the conquered nation.* Thus if the conquering nation is an aristocratical commonwealth in which the legislative authority is vested in a senate only, that senate will have the right of making laws for the conquered nation in the same manner as it has to make laws for the other members of the conquering nation. If the conquering nation is under an absolute Monarchical Government and the Legislative authority is vested in the King alone, the King will have a right to make laws also for the conquered nation: for the will of the conquering nation will in such a Government be expressed by the King alone by virtue of the constitution of the Government, as it would in the foregoing case of the aristocratical Commonwealth by the senate. And in like manner, if the conquering nation is under a mixt form of Government, and the Legislative authority is vested in two or more political bodies, so that their concurrent consent is necessary to establish a law, as, for instance, in a King, a Senate and a House of Representatives, these bodies con-

jointly, and not any one of them singly, will likewise have a right to make laws for the conquered people. This is the case with the Kingdom of Great Britain; its form of Government is that of a limited Monarchy, and the Legislative authority is vested in the King in conjunction with the two Houses of Parliament. The King therefore in conjunction with the two Houses of Parliament, and not without them, must have the legal right of making laws for the conquered inhabitants of the Province of Quebec, and all changes made in the ancient laws of this Province by any other authority must be void and of no effect.

Settlement of the Laws of Wales upon the conquest of it.

This seems to me to be clear and just reasoning, and is confirmed both by the conduct of Edward the First in calling an assembly of his nobles to settle the laws of Wales, upon his conquest of it, as has been above related, and by the rules of the English law laid down concerning Ireland; for Ireland is a conquered country and has always been considered as such, and it is said in the law-books, and of late years has been declared by an Act of Parliament to be subject to the Legislative authority of the Parliament of Great Britain but has not been declared to be subject to that of the King alone.

The Parliament of Great Britain has a right of making laws to bind Ireland.

An argument in favor of this opinion that the King without the Parliament has a right to make laws for conquered countries.

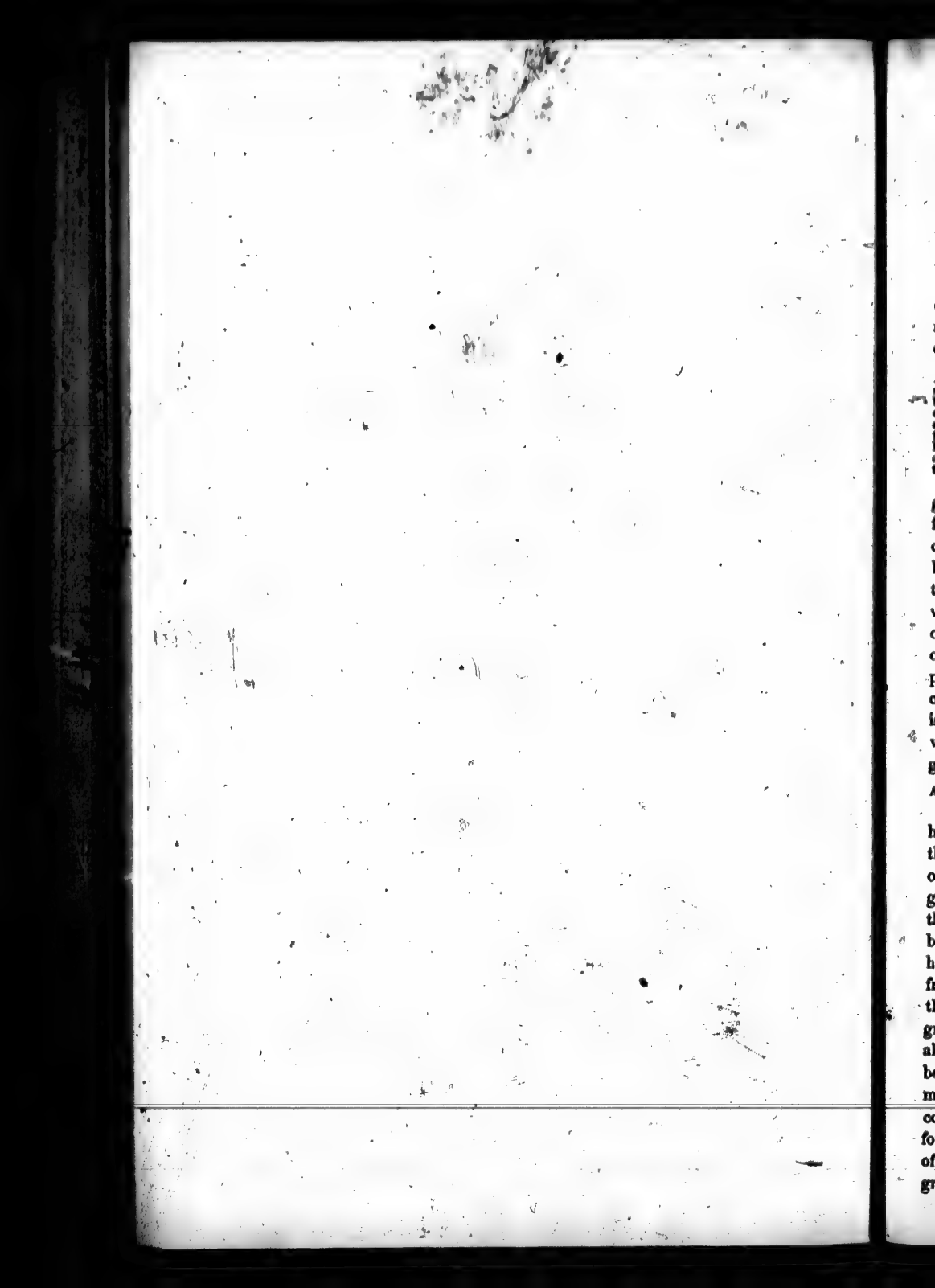
I know that many gentlemen of the law maintain a different opinion concerning the Legislative authority in countries conquered by Great Britain, and assert that though the King makes but a part of the Legislature in Great Britain itself, yet he is the sole legislator of all the conquered countries.—They ground this opinion on that branch of the English constitution which vests in the King alone without the Parliament, the power of making peace and war, and the absolute property of all the captures made in war.—The King, say they, is absolute master of the lives of all prisoners of war who are taken without a capitulation: he is absolute master of all the ships and money, and merchandises, or other plunder, his troops and ships of war get possession of, and may dispose of them in whatever manner he thinks fit; and if he is thus absolute master of all the moveable property he can seize, which is clear beyond a doubt, then also by parity of reason he must be likewise of all the immoveable property, that is, of all the lands and houses of the countries his armies conquer, so that, if the country surrendered at discretion and without a capitulation, he might by right of conquest, lawfully dispossess every freeholder in the country of his land, and give it away to other persons, or sell it to the highest bidder and apply the money thence arising to whatever uses he thought fit. He is, therefore, say they, absolute monarch of the country, since the lives and fortunes of the inhabitants are at his disposal—All the premises in this argument I allow to be true, but do not think that the conclusions drawn from them are just, that the King is, therefore, the absolute monarch of such a country, or has alone the right of making law in it. The power over the lives of the conquered people is certainly only a temporary power; if the King does not cause them to be put to death immediately after they are taken, or at least, during the remaining part of the war, he loses his right of doing it; for when a peace is made, and the conquered country is ceded and transferred to the conqueror by the former Sovereign, as is the case with the Province of Quebec, and the old, or conquered inhabitants are suffered to continue in the country and

Answer to this argument.

admitted to the rank of subjects and to take the oath of allegiance, it seems clear that they have a right to be protected in their persons and future property acquired after the peace, in the same manner as the other subjects of the conqueror; that is, in other words, after the peace is made the preliminary proposition that the King is absolute master of their lives and fortunes, from which it was concluded that he was the absolute monarch and legislator of the country, is no longer true; and consequently that conclusion will not follow from it. This will be further evident by considering the original foundation of the rights of war. Now these rights of war over the persons and property of a conquered people are evidently only temporary rights founded on necessity, in order to enable the conquerors to preserve the advantages they have obtained in the war, and compel the enemy to accept of a reasonable peace; and therefore they can subsist no longer than the war continues. And as the rights of war are founded on necessity, so the power or prerogative of exercising these rights, that is, the prerogative of managing the war, is vested by the laws of England in the King alone for much the same reason, that is, on account of the high expediency amounting to a kind of necessity of entrusting this matter to the direction of one man, arising from the extreme difficulty of carrying on the operations of war, and of making the sudden and temporary regulations fit to be observed in conquered countries immediately upon their just submission, by a numerous body of men, such as the Parliament of Great Britain. This I conceive to be the reason why the power of making these regulations is vested in the King alone, immediately upon the conquest of the country and during the remaining part of the war, while the inhabitants of it must be considered as continuing still to be enemies to the conquerors, and disposed to take the first opportunity of throwing off their yoke, and returning to their former masters, and are in truth neither more nor less than prisoners of war permitted to be at large upon their parole of honor. While this violent state of things continues, the King continues to have the sole power of governing the conquered country and its inhabitants, and consequently that of making temporary laws for them, according to his discretion, as being a necessary part of such government. But when the peace is made, and the country ceded to the conquerors by the former sovereign, and the old inhabitants are permitted to continue in it as subjects to the conquering sovereign whether with or without a restoration of their lands to them, there seems to be an end of the exercise of the King's prerogative of making war in such a country, and of all the incidental powers belonging to it. From that moment the laws of peace take place, and the legislative authority, with respect to this new part of the British dominions, as well as to the former parts of them, reverts to its proper channel, in which it runs in time of tranquillity; that is, in the British Constitution, to the King, and to the two Houses of Parliament.

The King becomes sole proprietor of all the land and houses in a conquered country, unless there is an express clause in the articles of capitulation, or treaty of peace to the contrary.

'Tis true indeed that the King remains sole proprietor of all the land and houses in the conquered country after the peace, as well as before, unless there is an express article to the contrary in the treaty of peace; because the property of them, which was vested in him by the conquest, can never be divested out of him without some express act of his own for that purpose. He may therefore do what he pleases with it; he may either give it back



to the old possessors, or to new grantees, as he thinks proper (though the latter is a rigorous way of proceeding, seldom practised), or he may keep it in his own hands, as his own demesne land, and cultivate it by his own servants and laborers, for his own profit, or let it for terms of years to farmers, at a rack rent. But it does not therefore follow that he is the sole legislator of the country, any more than he would be in any particular county of England, if all the lands in that county were, by forfeitures for high treason, or by escheats or purchase, or in any other manner to come into the possession of the Crown.

An argument derived from thence in favor of the opinion aforesaid, that the King is the legislator of conquered countries.

The strongest way of stating this latter argument in favor of the King's having the right of making laws in a conquered country seems to be this. Since the King is absolute owner of all the land in such a country, and may grant it away to whomsoever he pleases, he may annex what conditions he thinks fit to those new grants, and, amongst the rest, a condition that the grantees shall be governed by such or such a particular system of laws, as for instance, the laws of England, or the laws of Scotland, or the laws of Hanover, or any other laws that he shall think fit to introduce, and the grantees, by accepting the lands granted to them, must be deemed to have consented to the conditions upon which they were granted, and consequently to the observation of the laws introduced by them. And thus the King, by being absolute owner of these lands, will, in an indirect manner, acquire a legislative authority over the persons who shall thenceforth inhabit them. This, I confess is very plausible, and goes near to prove that the King might, in a case properly circumstanced, become the legislator of a conquered country. But I think that it is not quite sufficient for this purpose, and further, that if it was, yet the Province of Quebec, in particular, is not so circumstanced that the foregoing argument can be applied to it. My reasons for these opinions are as follows:—

Answer to this argument.

In the first place, the reason why this argument, drawn from the ownership of the land, is not sufficient to prove that the King has a power of making laws for a conquered country in any case, is because the position upon which it is founded is not true, to wit, that the absolute owner of a piece of land can annex what conditions he thinks proper to a grant. And this restraint upon the power of the grantor extends to the King as well as to every grantor. Thus, if a grant is made, either by the king or a subject, of a parcel of land in England, to a man and his heirs for ever, with a condition that he shall never sell it, or give it away from the right heir, and that, if he shall attempt to make such alienation of it, the grant shall become void, and the land shall revert to the right heir of the grantor, immediately upon his taking the first necessary step towards such an alienation, and before the alienation is complete, such a grant would be void, because it tends to create a perpetuity which the law abhors. In the same manner a grant by the king of a parcel of land in England, with any other condition annexed to it which is contrary to the general laws of the country, as for instance, a condition that the youngest son should inherit the land, instead of the eldest, or the eldest daughter instead of the eldest son, would be a void grant, or void at least with respect to that condition. In the same manner,

likewise, if the whole county of Yorkshire was to come into the king's hands by eschеat, or purchase, or otherwise, and the king was to grant it out to a set of new grantees, with a condition that they should be governed by the laws of Hanover, those grants, or at least those conditions of them, would be void. Such is the restraint which the law puts upon the power of a grantor, arising from his ownership. It is evident, therefore, that the mere circumstance of ownership will not give the owner a power of making laws in the land of which he is owner. And to make this still plainer, in the case of a conquered country, let it be supposed that, after a peace, and the complete cession of a conquered country by the former sovereign to the crown of Great Britain, the king should grant away the whole of such conquered country to one of his subjects, to be holden of himself by fealty only, or by fealty and a paper-corn rent, or should sell it to such subject for a sum of money, in order to reimburse the nation in some degree for the expense of conquering it, and such subject should afterwards grant it away to other grantees, or let it to lessees for a term of years, I would ask whether such subject, when he granted it thus away to new grantees, or let it to lessees, would have a right to insert in his grants or leases a condition that the grantees or lessees should be governed by such or such a particular system of laws, which he had thought proper to mention in his grants or leases. I believe no one can think that such a condition would be binding, and if it could not, it clearly proves that the mere circumstance of being owner of the conquered country will not confer the right of legislation, The restraint upon the power of the grantor does not indeed arise from any right of privilege of the grantee, who naturally ought to be bound by every condition he freely consents to, but it arises collaterally from the interest that the other subjects have that no unreasonable laws or customs should take place in any of the dominions that are subject to the same crown with themselves, and which, by means of the connection between the several parts of one and the same empire, might ultimately be prejudicial to themselves.

But further, if the ownership of land could be supposed to give the owner a right to impose a system of laws upon the persons to whom he grants it, as a condition annexed to the grants yet if he makes free grants of it, that is, such grants as convey to the grantors a fixed and permanent interest in the several parcels of land that are granted to them, not to be defeated at the mere pleasure of the grantor (without which they can hardly be called grants), this right would be only a temporary right of legislation in the grantor, which being once executed by the grantor's inserting in a clause of the grants the laws by which he would have the grantees to be governed, could never be used a second time, because the changing these laws, when they were once established, would be changing the conditions of the grants, which cannot be done by either the grantor or grantee, without the consent of the other party. Indeed, if a clause was inserted in the grants expressly reserving to the grantor the right of making new laws for the grantees, whenever he thought fit, there might be some pretence for a continuation of this right in the grantor, but such a clause would almost entirely destroy the nature of the grant, and, from a free grant, convert it into a very precarious one, that would be little better than a grant at the

will of the grantor. Therefore no such power can ever be presumed, by implication or supposition of law to remain in the grantor without an express reservation of it in the grant, of which, I believe, no example is to be found in any grant made by a king of England since the first foundation of the monarchy. Without such an express reservation, the grants must be taken to convey a permanent and indefeasible property to the grantee, nor subject to the will of the grantor, and consequently, if the original ownership of the land could give the grantor any power at all of making the laws for the grantees, it must be only a temporary power of doing it once for all by a condition inserted for that purpose in the original grant; which is a very different thing from the ordinary legislative authority by which civil societies are regulated, which is constantly in being, and is incapable of any restriction, because it is founded on the power of the whole society who are supposed to have delegated to a particular man, or body of men, the power of making new laws to bind the whole society whenever they shall find it necessary. But in truth the mere circumstance of ownership cannot confer upon the owner of land even this temporary power of making laws for his grantees for the reasons which have been above set forth, which restrain the grantor from annexing illegal conditions to his grants, much less therefore can it confer upon him this complete and permanent and supreme legislative authority.

Hitherto I have considered the strongest case that can be put in favor of the doctrine of the King's being the Supreme Legislator of Countries that have been conquered by the British arms, to wit, that of a Country that should have been surrendered at discretion without any articles of capitulation, and which the King would have immediately seized upon and taken in his own hands as his own property, by right of conquest, and kept in his own hands, as his own property, and cultivated by his soldiers or other servants or tenants-at-will, till the peace was made, and which should then have been entirely ceded to him by the former Sovereign of it; and I have endeavoured to show that, even in such a case, the King alone without the Parliament would not have a full legislative authority in such a conquered country, and particularly that no such authority could be derived from the circumstances of his being the owner of the Country.

The argument above mentioned derived from ownership cannot be applied to the Province of Quebec.

But the case of the Province af Quebec is very different from this case, in so much that the argument derived from the circumstance of ownership, if it had been a good argument, could not in any degree be applied to it. For this Province was not surrendered at discretion without articles of capitulation; and the King never was for a single moment the owner of all the land in the country, but only of such parts of it as had belonged to the King of France. For by the 7th. the 26th, the 35th and 37th articles of the capitulation upon which the whole country was surrendered to General Amherst in the year 1760, it is expressly provided that all sorts of property, both moveable and immoveable, that does not belong to the King of France, shall continue to belong to the present proprietors, whether private persons or bodies politic, or religious societies, not excepting that of the Jesuits, and this provision is confirmed by the fourth article of the definitive treaty of peace made in 1763, by which it is agreed bet-

ween the two crowns that those persons who choose to retire and quit the Province may sell their estate and effects to any British subject, and retire to old France or elsewhere with the money arising from such a sale whenever they think proper within the space of eighteen months, consequently the argument in favor of the king's legislative authority, derived from his ownership of the land cannot be applied to this Province.

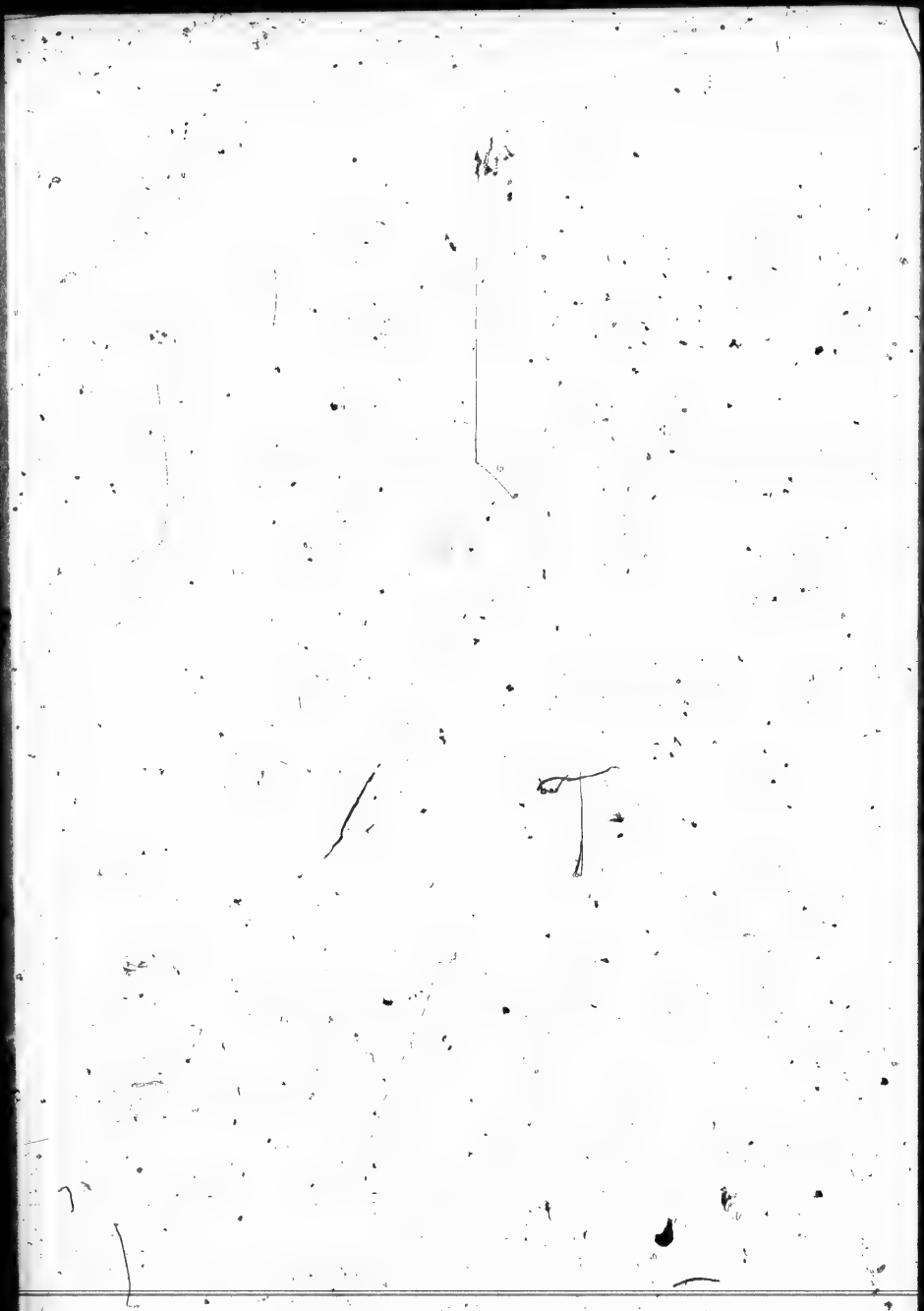
If, therefore, this right of making laws for the Province of Quebec can be shewn to belong to the king alone without the concurrence of his Parliament, it must be founded on some other principle than this of ownership, if any other can be found for this purpose. I know of no other principle likely to be alleged on this occasion but that of the kings prerogative of making war and peace; and this has been examined above, and shewn, as I conceive to be insufficient for the purpose. Add to all this that the king has already exercised a legislative authority with respect to this Province in conjunction with his Parliament in at least three instances, to wit, in passing the famous stamp act, in passing the act of 4 Geo. 3, chap. 10, for importing salt from Europe into this Province, and the Act of 4 Geo. 3, chap. 15, for granting certain duties in the British Colonies and plantations in America, which seems to be a kind of declaration, that his Majesty is not by his own single authority without the assistance of his Parliament, the true legislator of the Province; for, if he was so, it may be presumed that he would not have permitted this Province to be included in those Acts of Parliament, lest they should be made use of as precedents to diminish his just prerogative, but he would have imposed those several taxes and duties and extended the other provisions of those Acts to this Province by orders of his own made in his privy council. His choosing to proceed in these instances by the authority of Parliament is a proof that he considers the Parliament of Great Britain, consisting of himself, his Lords and Commons, as the only true and adequate legislature of this Province.

The Parliament of Great Britain has already exercised a legislative authority in this Province.

If these arguments against the king's being singly, without the Parliament, the legislator of this Province, are just, it will follow of course that all the ordinances hitherto passed in this Province are null and void, as being founded at best (for I shall endeavour to shew that they have not even the foundation) upon the king's single authority, and, if so, then the great ordinance of the 17th of September, 1764, by which the French laws were abolished and the laws of England introduced in their stead will be void amongst the rest, and consequently the French law must by virtue of the first maxim above laid down, be deemed to be still legally in force.

The French laws, therefore, have not been legally abolished, but are still in force.

I am sensible that it is a delicate and disagreeable undertaking in any of his Majesty's subjects, and more especially in an officer of the Crown, to argue against his Majesty's prerogative, but in some cases it may become a duty to do so. On the present occasion I have ventured to do so, not through an indiscreet desire of curiously prying into the exact bounds of the Royal prerogative, nor merely because I thought the truth lay on that side of the question, (for in that case it would have been sufficient to be silent upon the subject,) but in order to suggest to His Majesty's ministers what I conceive to be for the service of his

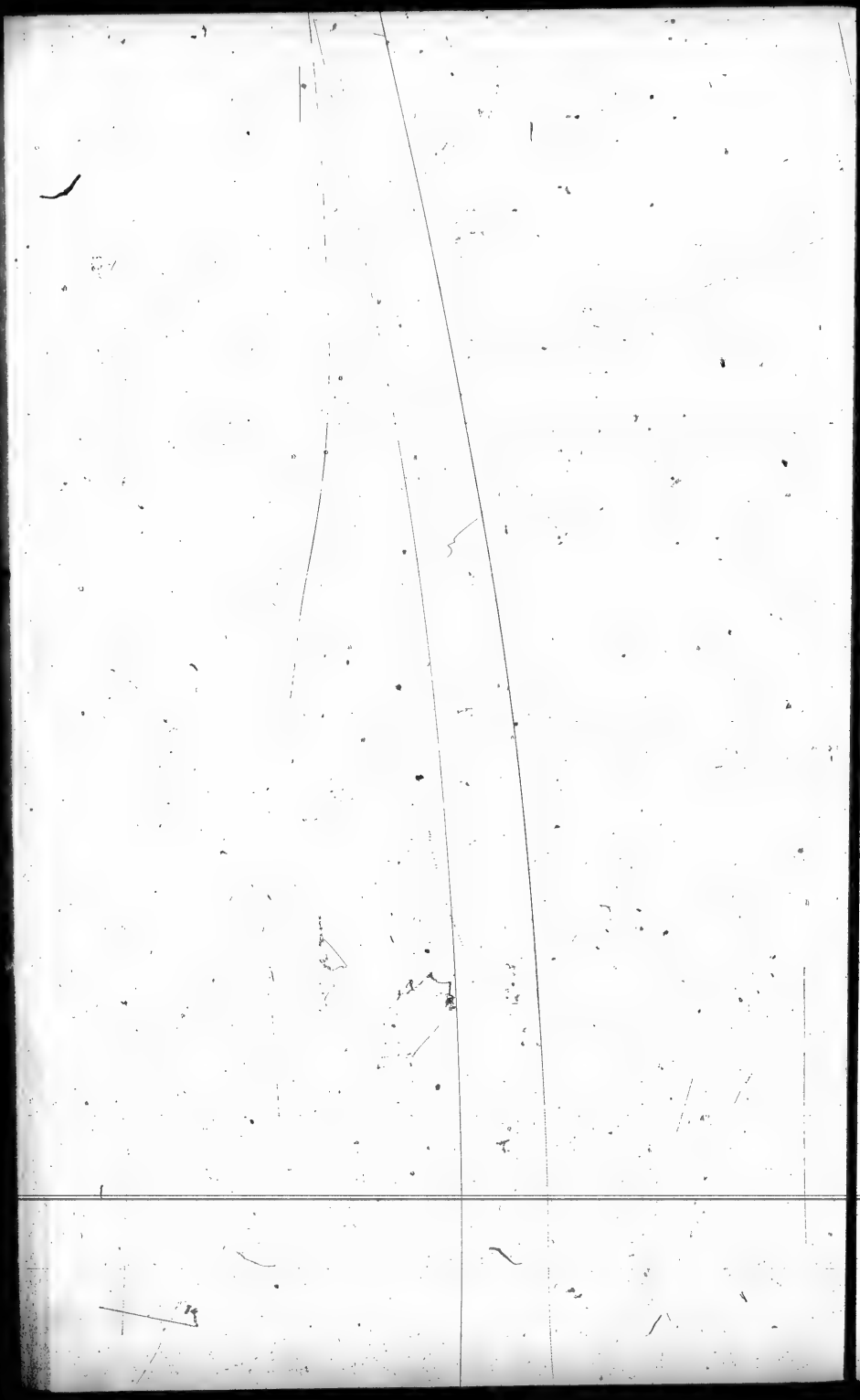


Majesty, namely, an easy, short and popular method of getting rid of the sudden introduction of the English laws into this Province, by the ordinance of the 17th September 1764 of His Majesty through compassion for His canadian subjects, should graciously resolve to indulge them with a continuance of their ancient laws and customs. With this view, I shall proceed to mention two or three other grounds, from which we may infer that sudden alteration of the laws to have been void.

In the second place therefore, though it should be admitted that the king alone had a full legislative authority in this Province, yet this sudden and violent act of legislation may justly be contended to have been void for want of a sufficient and authentic declaration of His Majesty's pleasure, to this purpose. For if his Majesty, has made such a declaration of his pleasure, it must either be, by his Royal Proclamation of the 6th October 1763 or by the Provincial ordinance before mentioned of the 17th of September 1764. Now neither of those acts can, as I apprehend, be justly considered as a declaration of His Majesty's pleasure to this purpose.

For in the first place the proclamation does not actually introduce the laws of England into this Province, but only promises his British subjects that are inclined to go and settle in it, that he will introduce those laws, or rather such select parts of them as shall be of benefit to them after they shall have settled themselves in the said Province. The words of the Proclamation are as follows; "And whereas it will greatly contribute to the speedy settling our said new governments, that our loving subjects should be informed of our fraternal care for the security of the liberty and properties of those who are, and shall become inhabitants thereof; We have thought fit to publish and declare by this our Royal Proclamation that we have in the letters patent, under our great seal of great Britain by which the said governments are constituted, given express power and direction to our governors of our said Colonies respectively, that so soon as the state and circumstances of the said Colonies will admit thereof, they shall with the advice and consent of the members of our Council, summon and call general assemblies within the said governments respectively in such manner and form as is used and directed in those Colonies and Provinces in America which are under our immediate government and we have also given power to the said governours with the consent of our said councils and the representatives of the people, so to be summoned as aforesaid, to make, constitute, and ordain laws, statutes and ordinances for the public peace and welfare and good government of our said Colonies, and of the people and inhabitants thereof, as near as may be agreable to the laws of England and under such regulations and restrictions as are used in other Colonies; and in the meantime and until such assemblies can be called as aforesaid *all persons inhabiting in, or resorting to our said Colonies may confide in our Royal protection for the enjoyment of the benefit of the laws of our realm of England*, for which purpose we have given power under under our great Seal to the governours of our said Colonies respectiveiy to erect and constitute, with the advice " of our said Councils respectively Courts of judicature and public jndicature " and public justice within our said Colonies for the hearing and determining

The King's Proclamation of 7 October 1763.



"all causes, as well criminal as civil, according to law and equity, and as near "as may be, agreable to the laws of England, with the liberty to all persons "who may think themselves aggreived by the sentences of such Courts, in all "civil cases, to appeal under the usual limitations to us in our Privy Council."

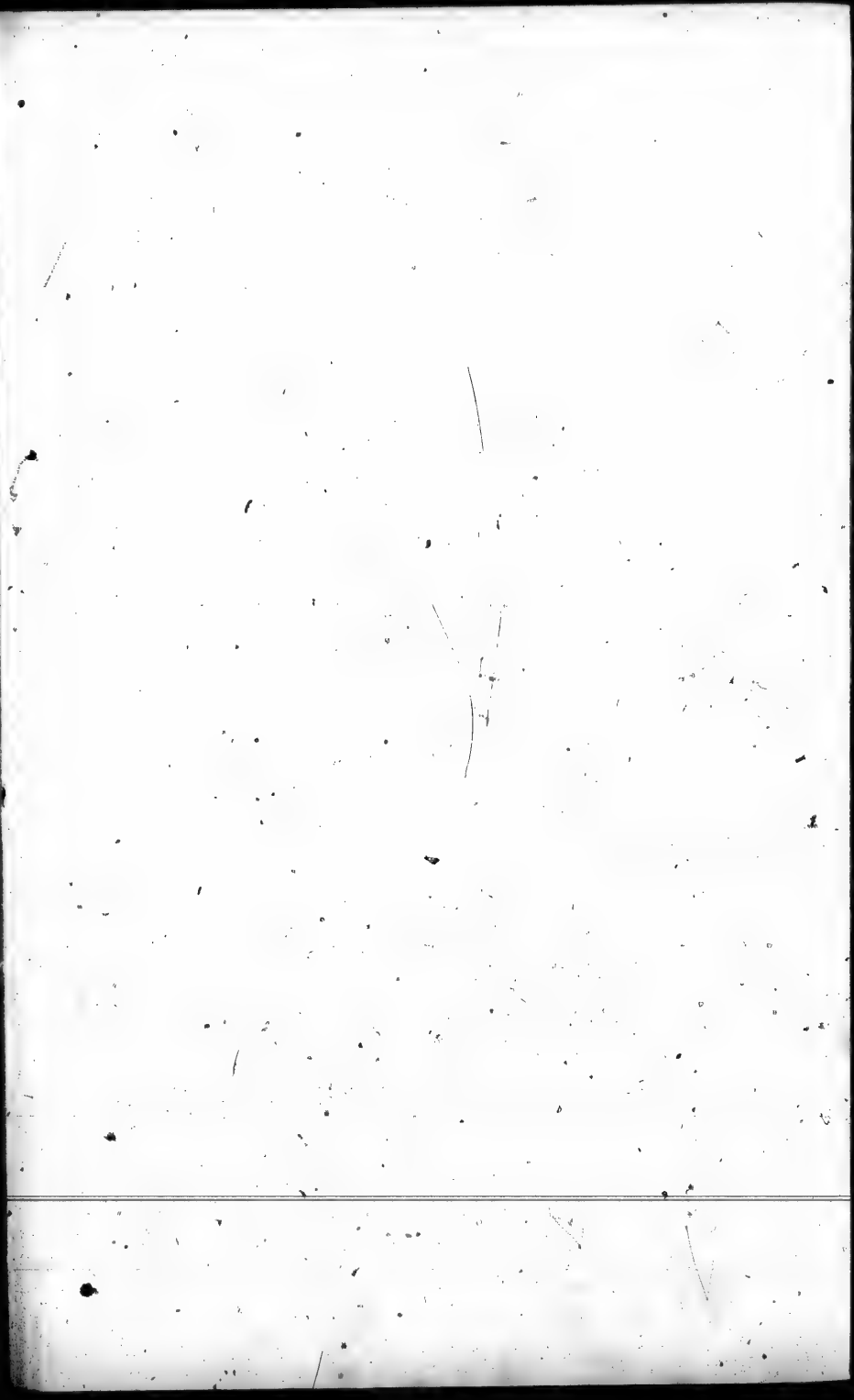
These are the words of the King's Proclamation relating to the settlement of the laws of the conquered Provinces. They seem to be a promise to the inhabitants of those Provinces both those which were there settled in them and those that were likely to resort to them that his Majesty will in due time and manner introduce into them the bulk of the laws of England upon a supposition that the introduction of those laws will prove a blessing to the inhabitants, but they do not actually introduce them, for they refer to the powers given to the several governours of those Provinces in their Commissions under the Great Seal as the means by which His Majesty intends to perform this promise and actually introduce them, if therefore they have been actually introduced into this Province, it must be by the governour and Council of the Province in pursuance of the powers contained in the said commission and instructions; and if it shall appear that these powers were not sufficient to warrant and authorize an introduction of these laws, we may safely conclude that they have not yet been legally introduced into this Province and consequently are not legally in force in it. We must therefore now proceed to examine the commission and instructions of the governor of Quebec, in order to see how far the ordinances that have been made by the governour in Council of the Province and particularly the great ordinance of the 17th of September 1764, by which the laws of England have been introduced into this Province, and warranted by the legislative powers communicated by his Majesty to his governour and Council in the commissions and instructions.

The Governour's commissions.

Now the Governour's Commission gives him no power to make laws but in conjunction with an assembly of the freeholders of the Province as will appear by considering those parts of the commission which relate to this subject, and which are as follows.

Towards the beginning of the Commission there is this paragraph. "And "we do hereby require and command you to do and execute all things in due "manner that shall belong to your said command and the trust we have reposed "in you, according to the several powers and directions granted or appointed "you by this present commission and the *instructions* and authorities herewith "given unto you, or by such power, *instructions* and authorities as shall at any "time hereafter be granted or appointed under our signet and sign manual or "by our orders in our Privy Council, and according to such reasonable laws and "statutes as shall hereafter be made and agreed upon by you with the advice "and consent of the Council and assembly of the said Province under your "government in such manner and form as is hereinafter expressed."

After this paragraph the Commission mentions the oaths to be taken by the governour and members of the Council, and then authorises the governour to keep and use the seal of the Province, and then impowers him with the advice and consent of the Council, and as soon as the situation and circumstances of the said Province will admit thereof, to summon and call general assemblies of



the freeholders and planters within the Province and then prescribes the oaths to be taken by the members of such assemblies, and then communicates to the governour in conjunction with the Council and the Majority of such assembly, a certain degree of legislative authority, which is expressed in these words. "And we do hereby declare that the persons so elected and qualified shall be called the assembly, of that our Province of Quebec; and that you the said James Murray, by and with the advice and consent of the said Council and assembly, or the major part of them, shall have full power and authority to make, constitute, and ordain laws, statutes, and ordinances, for the public peace, welfare and good government of our said Province, and of the people and inhabitants thereof, and such others as shall resort thereunto, and for the benefit of us, our heirs and successors; which said laws, statutes and ordinances, are not to be repugnant, but as near as may be agreable to the laws and statutes of our Kingdom of great Britain."

These are the only passages in the governour's Commission by which his Majesty has communicated any part of his legislative authority in this country; and by these passages it is plain that he has communicated this authority to the Governour, Council, and Assembly, and not to the governour and Council only without an assembly, consequently all ordinances made for this Province by the Governour and Council only, without an assembly, which is the case with all the ordinances hitherto made in this Province, must be void and of no effect, unless they are founded on some other ground than the governour's Commission.

The Governours private instruction.

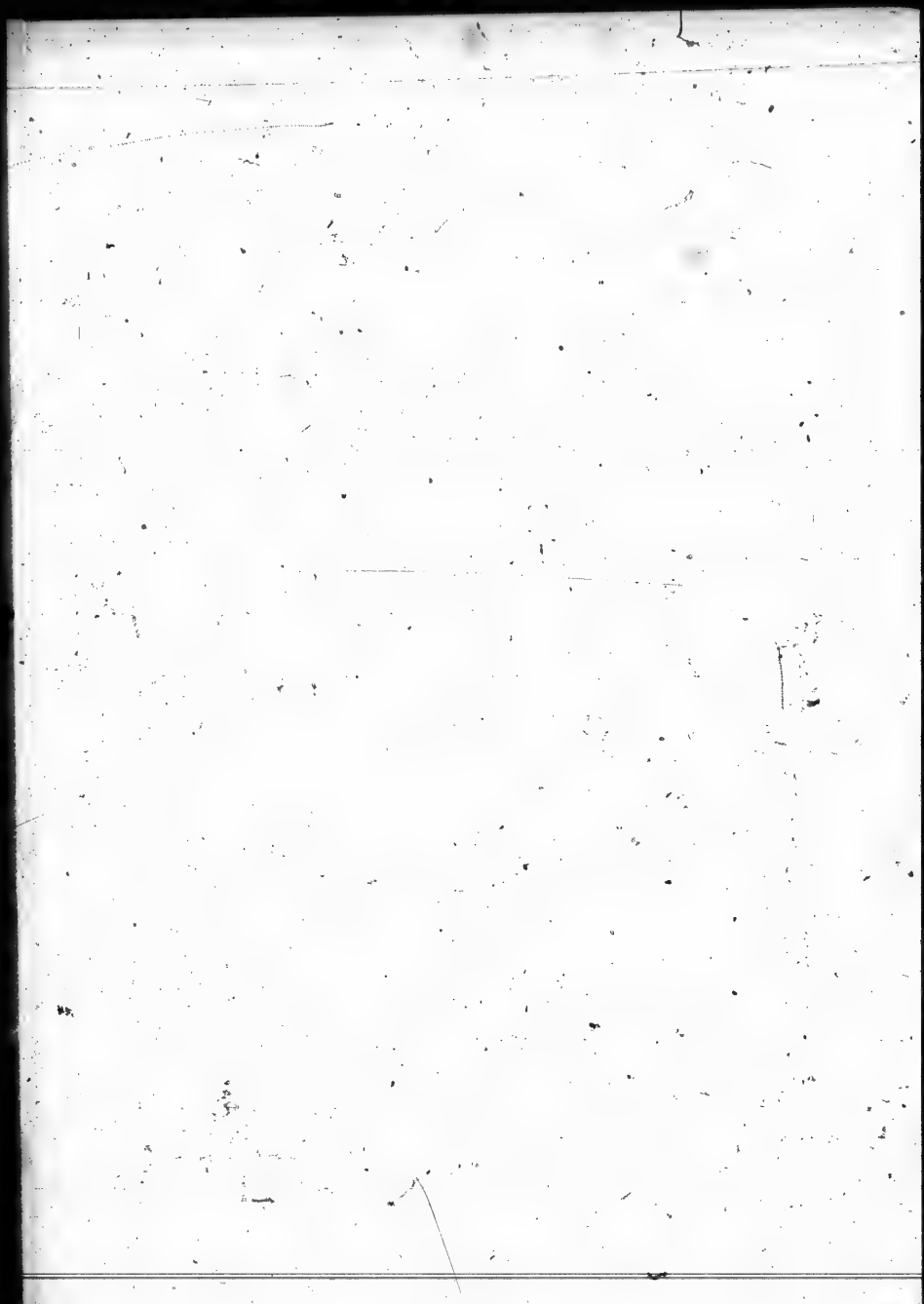
We must therefore have recourse in the next place to the governour's private instructions for a power in the governour and Council, without an assembly, to make laws for this Province. Now the only instruction that has any relation to this subject, is expressed as follows:—

"You are hereby authorized and empowered, by and with the advice and consent of the council of the said Province (until the situation and circumstances of our said Province will admit of calling general assemblies) to make such rules and regulations as shall appear to be necessary for the peace, order and good government of the said Province; taking care that nothing be passed or done that shall any ways tend to affect the life, limb or liberty of the subject, or to the imposing any duties or taxes."

Now this instruction cannot, as I conceive, convey any authority whatever to the Governor and Council, because it is only a private instruction under his Majesty's signet and sign manual, and not a public commission under his great seal. Such high powers as those of governing a Province, and making the necessary rules and regulations for that purpose, can be communicated only under the great seal of Great Britain; and they ought likewise to be made public, that the people may know that his Majesty has communicated them, and that the Rules and Regulations made in pursuance of them are made with sufficient authority and have a just claim to their obedience. It is upon this principle that the Governor's commission is passed under the great seal and is made patent, or open, with these words at the end of it: "*In witness whereof we have caused these Our Letters to be made patent;*" and he is ordered in his instruc-

tions to cause it to be read before the Council, and it is usual also to cause it to be read aloud before the people. And upon the same principle it is, that a Judge or Commissioner of Oyer and Terminer, or of gaol delivery, or of assize, when he goes upon his circuit to execute these commissions, always causes them to be read aloud before the people, before he acts under them, which is called *opening his commission*; and if any additional powers were given him by a private instruction under the King's signet and sign manual, they would be of no force, because not under the great seal and not made public. All delegations of the royal authority must be made in a solemn and formal manner, and must be at least so far made public that the persons who are required to acknowledge them, and pay obedience to the acts done by virtue of them, must be acquainted with them; and for this reason a judge's commission to hear and determine all criminal matters in any particular county must be published in that county to which it relates, and the commission of a Governor of a Province must be published in the Province of which he is made the Governor; and no powers than those that are contained in those public commissions can be of any legal authority. The end and design of giving private instructions to a Governor is not to convey new powers to him in a secret and under-hand manner, but to direct him in the use of those powers which are legally communicated to him by his public commission. It may, therefore, be justly concluded, that since his Majesty has not, either by his commission under the great seal or by any other public and solemn instrument of sufficient legal authority for this purpose, communicated to his Governor any power of making laws for this Province by the advice and consent of the Council of the Province only, without the concurrence of an Assembly, all the ordinances hitherto made in this Province have been made without a sufficient authority, and are consequently of no legal validity. Therefore the English laws have not yet been legally introduced into this Province, and the French laws have not yet been legally abolished, but ought properly to be considered as still in force.

But, if we suppose for a moment that a private instruction is sufficient to convey to the Governor and Council a power of making laws for the Province without the concurrence of an assembly, yet how small a portion of this power is meant to be communicated to them by the instructions above mentioned? They are authorized and empowered to make rules and regulations for the welfare and good government of the Province, provided they do not tend to affect the life, limb, or liberty of the subject, or to the imposing any duties or taxes. Under this restriction, it is evident that none of the criminal laws of England could be legally introduced into this Province, because they all affect either life, or limb, or liberty; nor could they introduce the ordinary process of arresting and imprisoning a man, by a writ of *capias ad respondendum*, which is used in actions of debt and trespass and other civil actions, since it touches so immediately the liberty of the subject. It is evident therefore that the great ordinance of the 17th September, 1764, which introduces at once all the civil and criminal laws of England, could not be passed by virtue of this instruction. It was therefore passed without sufficient authority, and, therefore, is not legally in force. Consequently, the laws of England have not yet been legally introduced



into this Province, nor the French laws legally abolished; but they continue yet in a true legal construction to be the laws of this Province.

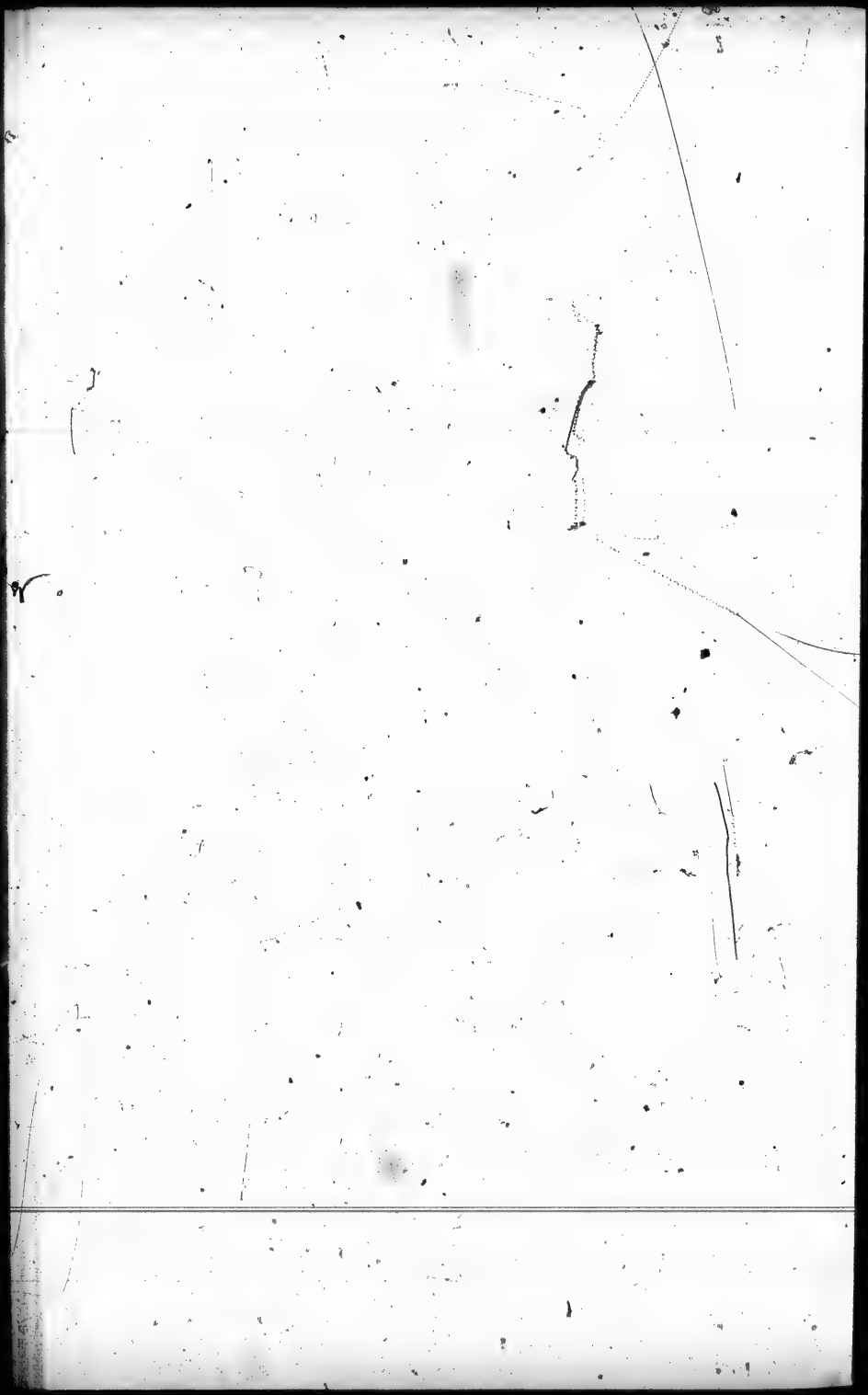
The third and last ground from which we may infer that the laws of England have not yet been legally introduced into the Province by the ordinance of the 17th September, 1764, is the want of promulgation, which is a circumstance essentially necessary to the legal validity of every new law. Let the authority of a legislative body be ever so clear and absolute, the laws they make can have no binding force upon their subjects till they have plainly made known to them what they are.

Want of promulgation.

When the King, Lords and Commons make a new law in England itself, though their power is incontestable and without limit, the law is not in force immediately from the day the King gives the Royal assent to it, but usually from a certain future day appointed by the Act itself, before which the people are supposed to have sufficient time to make themselves acquainted with it; or if no such day is appointed, but the expression in the Act is only that henceforth or henceforward the said new law should take place, it will be binding only from the time of the Acts being sold by the King's Printer, which is the present method of publishing Acts of Parliament to the people. Formerly, before the invention of printing, Acts of Parliament were publicly proclaimed or read aloud to the people, by the Sheriffs, in the several counties of England; and, till they were so proclaimed, were not deemed to be legally in force. And when an Act of Parliament is made that extends to the American Colonies, it is never deemed to be legally in force in any colony till it has been transmitted to the Governor of the colony by the Secretary of State, and received by him, and published by his order to the people.

What ought to be esteemed a sufficient promulgation of a new law.

Further, the publication of a law that is necessary to give it its binding force, is not a publication of its title only, or even an abstract of its contents, but a publication of the law itself in the very words in which it was conceived. Thus, if the King and Parliament of Great Britain should think proper to adopt and introduce into England any part of the laws of France, as, for instance, the laws relating to the police of the city of Paris should from such a future day take place in London and the other cities of Great Britain, nor even to enact that the laws relating to the police of the city of Paris and contained in such or such a book, (mentioning the title of the book, its date, and the place at which it was printed,) or in such an edict of Lewis the Fourteenth, passed on such a day of such a year, should be thenceforward in force in London and the said other cities of Great Britain; but it would be necessary to recite those laws word for word in the Act of Parliament that introduced them. In like manner, if the Parliament of Great Britain should resolve to introduce into this Province any part of the law of England, as, for instance, the laws relating to the maintenance of the poor, it would not be sufficient barely to enact that the laws of England relating to the maintenance of the poor, should take place in the Province of Quebec; but it would be necessary to recite all those laws, word for word, in some such manner as this: "That the following laws concerning the maintenance of the poor, "being those which are in force in England, upon the same subject, should



"henceforward be of force in the Province of Quebec; which laws are accord-
"ing to the tenor following:" after which the laws themselves should be recited word for word; for, by this means, the people would be made acquainted with these laws, and would be able to observe and obey them, which otherwise they could not do. But, instead of this, the whole body of the laws of England, both criminal and civil, have been introduced into this Province by only three or four words in the ordinance of the 17th September, 1764, by which it is ordained that the Supreme Court of Judicature shall have power to hear and determine all criminal and civil causes agreable to the laws of England. Surely this cannot be deemed a sufficient promulgation of them. It may therefore be concluded upon this ground of the want of promulgation, as well as upon the other grounds that have been mentioned above, that the laws of England have not yet been legally introduced into this Province; and, consequently, that the French laws have not yet been legally abolished, but continue to be still in force.

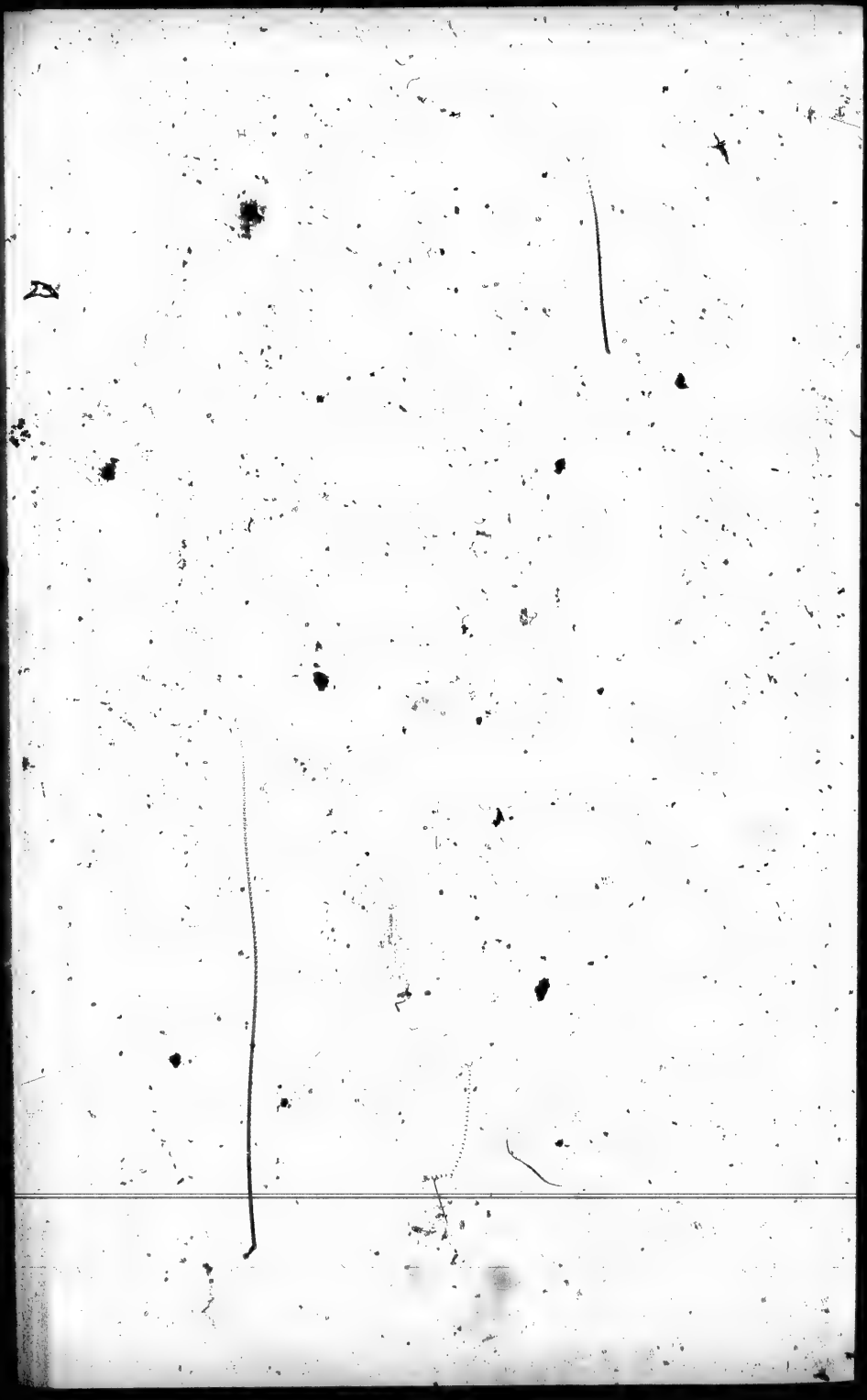
I am aware that it may be said that the laws of England have in fact been introduced into the other American Colonies, without an express promulgation; and yet it is not doubted that they are legally established there. And in the same manner it may be supposed they may be legally established in this Province, without a promulgation. But the cases are very different. This is a conquered Province, in which the French laws were fully established at the time of the conquest, and are the only laws the people have any knowledge of; whereas all the other British Colonies in America have either been originally settled by Englishmen, or considered as if they had been so, and treated accordingly, in consequence of the great number of Englishmen who have, after the conquest of them, gone and settled in them among the conquered inhabitants, and have been supposed to constitute the main body of the people. This was the case with Jamaica, which was acquired by conquest from the Spaniards. The greatest part of the Spanish inhabitants of it abandoned it soon after the conquest, to go to the other Spanish dominions in America; and the few that remained are reckoned to be not worth considering in comparison to the number of English who resorted thither; so that the laws and constitution of the Government were established in the same manner and upon the same principles as they would have been if it had been an uninhabited Island originally discovered by English sailors, and settled by English planters.

Difference between this Province and the other British Colonies in America, with respect to the necessity of promulgating the laws of England in order to make them legally binding.

The Island of Jamaica, though a conquered country, was treated as if it had been a planted one.

Now, in a Colony settled by Englishmen, there is no need of any promulgation of the laws of England, because they are supposed to be already known to the inhabitants. They carry with them from England into the country they go to inhabit, the whole body of the laws of England that are in force in England at the time they leave it and begin their settlement of the new Province, excepting such laws as are in their nature entirely local and not applicable to any country but England; and they are further bound by such of the laws that shall be afterwards passed by the British Parliament, as shall by express words be extended to them;

A promulgation of the laws of England is not necessary in a planted colony.



and likewise by such by-laws or local laws, of an inferior kind, as shall be made amongst themselves by the Governor, Council and Assembly of their representatives, under the powers communicated by the Royal Charters or Commissions to the Governor under the Great Seal.

I call these latter laws *by-laws*, because they are restrained by an express clause in the charter and commissions to the Governors, (under the authority of which alone they can be made at all,) to be such as are not repugnant to the laws of England, which is the very essence and definition of a *By-law* of a city or town Corporation in England. This is the true idea of the planted Colonies of Great Britain; from which it is plain that there is no need of an express promulgation of the laws of England in such Colony, in order to give them a legal introduction into it; because they are originally introduced there by the first settlers of the Colony, who are supposed to be sufficiently acquainted with them. But this reason can have no weight with respect to a conquered Province, such as the Province of Quebec, where the inhabitants know nothing of the laws of England. And, consequently, they cannot be legally introduced into such a Province without an express promulgation.

The French inhabitants of this Province ought not to be overlooked as inconsiderable in comparison with the British inhabitants of it.

If it be said that the French inhabitants of this Province may well be overlooked as being an inconsiderable part of the people settled in it in comparison of the British subjects that have resorted to it, in the same manner as the Spanish inhabitants that remained in Jamaica after the conquest of it were overlooked in the settlement of the laws of that island, it need only be observed, in answer to such a proposal, that the French inhabitants of this Province are in fact so far from being inconsiderable, that they are at least a hundred times as many in number as the British subjects settled in it, and that this proportion seems likely to increase every day. Surely it would be an harsh and unreasonable conduct to treat the bulk of the people as inconsiderable in order to accommodate the measures of Government to a small number of new residents that are less than the hundredth part of them.

Because they are more than a hundred times the number.

Recapitulation of the grounds upon which it may be concluded that the laws of England have not yet been legally introduced into this Province.

These are the grounds upon which I conceive it may justly be concluded that the laws of England have not yet been legally introduced into this province and consequently that the French laws and usages have not yet been legally abolished; to wit: first, because this important change of the laws has not been made by the Parliament of Great Britain, which is the only proper legislature of this Province; secondly, because it has not been made by virtue of any legislative authority legally communicated by the King to his Governor and Council, (for the commission under the Great Seal to the Governor communicates no such authority to the Governor and Council, but to the Governor, Council and Assembly; and the King's private instructions are not a legal method of communicating such an authority; and if they were, it would not warrant the great change that has been made in the laws by virtue of it, because this change has been carried vastly beyond the limited powers contained in it); and thirdly, because it has been made without a promulgation of the new laws. If his Majesty shall be graciously pleased to restore to the Canadians their ancient laws and usages, it

will probably be a more gentle and popular method of doing this, and give less disgust to the English inhabitants of the Province, to declare upon all or some of the grounds that have been above set forth, that the great ordinance of the 17th of September, 1764, by which the English laws were introduced into this Province, was originally null and void in itself, and consequently that the French laws have never been legally abolished, than to consider the laws of England as having been once legally established here by that ordinance, and then to repeal that and the other ordinances, and thereby banish those laws from the Province in order to re-establish the laws of the conquered nation. And it is for this reason I have been so full in setting forth the grounds of its nullity. But which of these two methods of getting rid of the English law and restoring the ancient laws and usages that were observed before the conquest is fittest to be adopted, is a prudential rather than a legal enquiry; either method of doing it will be agreeable and equally beneficial to the Canadians.

AT THE COURT AT BUCKINGHAM PALACE. (*)

the 13th day of June 1853.

PRESENT:

THE QUEEN'S MOST EXCELLENT MAJESTY.

His Royal Highness Prince Albert.

Lord President.	Earl of Aberdeen,
Lord Steward.	Earl of Clarendon.
Duke of Newcastle.	Viscount Palmerston.
Duke of Wellington.	Mr. Herbert.
Lord Chamberlain.	Sir James Graham, Bart.

Whereas there was this day read at the Board a report from the Right Honourable the Lords of the Judicial Committee of the Privy Council, dated the 30th May last past, humbly setting forth that the Lords of the Judicial Committee have taken into consideration the practice of the Committee with a view to greater economy, despatch, and efficiency in the appellate jurisdiction of Her Majesty in Council, and that their Lordships have agreed humbly to report to Her Majesty that it is expedient that certain changes should be made in the existing practice in Appeals, and recommending that certain Rules and Regulations therein set forth should henceforth be observed, obeyed, and carried into execution, provided Her Majesty is pleased to approve the same:

Her Majesty, having taken the said Report into consideration, was pleased, by and with the advice of Her Privy Council, to approve thereof, and of the Rules and Regulations set forth therein, in the words following, videlicet;—

I. That, any former usage or practice of Her Majesty's Privy Council notwithstanding, an Appellant who shall succeed in obtaining a reversal or material

---

(*) By the Imperial Statute 7 and 8 Victoria, Cap. LXIX, Section 11, it is enacted:—That it shall and may be lawful for the said Judicial Committee to make any General Rule or Regulation, to be binding upon all Courts in the Colonies and other Foreign Settlements of the Crown, requiring the Judges Notes of the Evidence taken before such Court in any cause appealed, and of the Reasons given by the Judges of such Court, or by any of them, for or against the Judgment pronounced by such Court; which notes of Evidence and Reasons shall by such court be transmitted to the Clerk of the Privy Council within one calendar month next after the bail given by such Court to prosecute any appeal to Her Majesty in Council; and such order of the said Committee, shall be binding upon all Judges of such Courts in the Colonies or Foreign Settlements of the Crown.

In virtue of this Statute their Lordships made an order of the 12th February 1845, directing that the reasons of the Judges of the Court appealed from should be transferred by the Registrar *in original* to the clerk of the Council at the same time that the other proceedings, &c, are transferred.

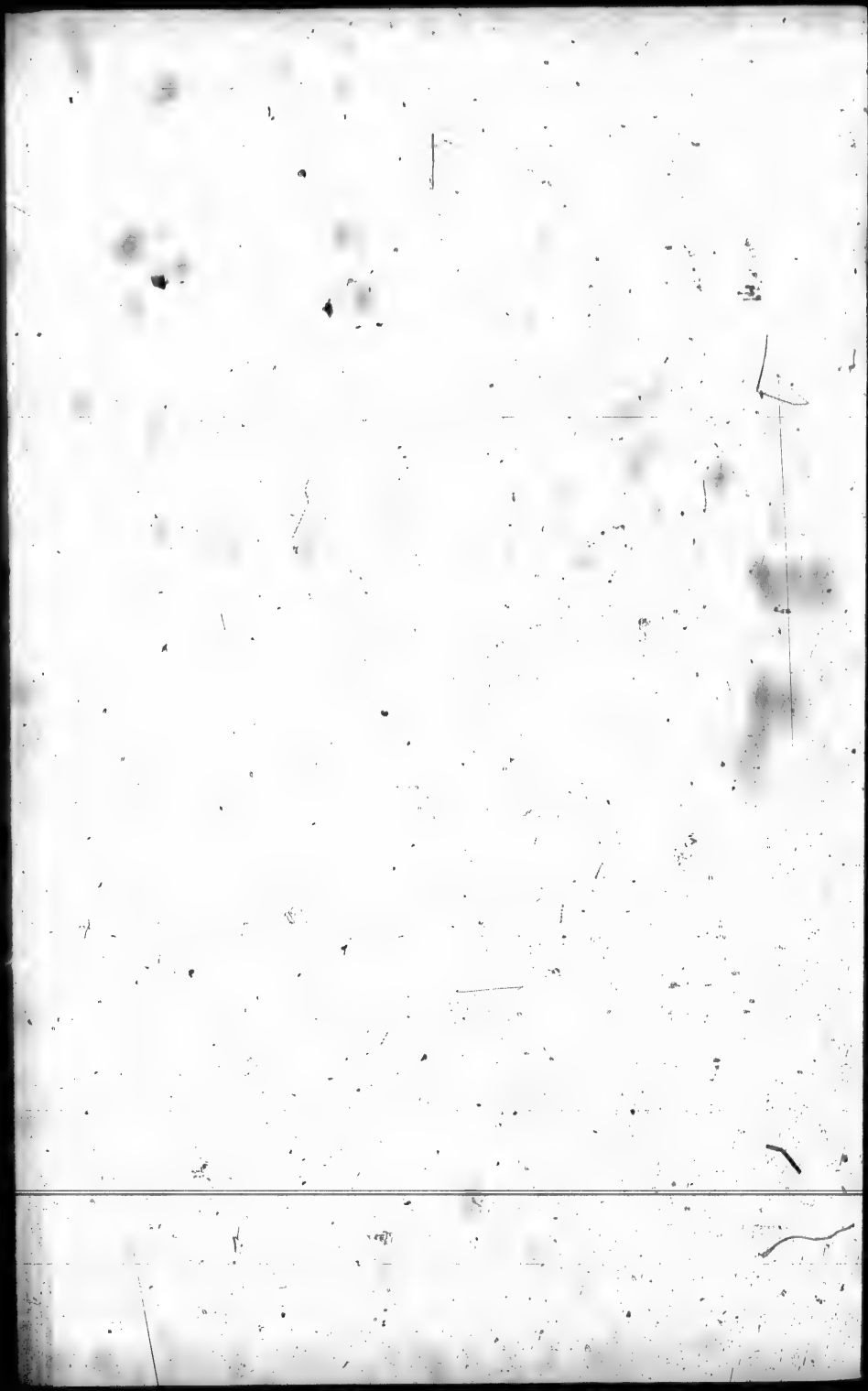
alteration of any judgment, decree, or order appealed from, shall be entitled to recover the costs of the Appeal from the Respondent, except in cases in which the Lords of the Judicial Committee may think fit otherwise to direct.

II. That the Registrar or other proper officer having the custody of records in any Court or special jurisdiction from which an Appeal is brought to Her Majesty in Council be directed to send by post, with all possible despatch, one certified copy of the transcript record in each cause to the Registrar of Her Majesty's Privy Council, Whitehall; and that all such transcripts be registered in the Privy Council Office, with the date of their arrival, the names of the parties, and the date of the sentence appealed from; and that such transcript be accompanied by a correct and complete index of all the papers, documents, and exhibits in the cause; and that the Registrar of the Court appealed from, or other proper officer of such Court, be directed to omit from such transcript all merely formal documents, provided such omission be stated and certified in the said index of papers; and that especial care be taken not to allow any document to be set forth more than once in such transcript; and that no other certified copies of the record be transmitted to agents in England by or on behalf of the parties in the suit; and that the fees and expenses incurred and paid for the preparation of such transcript be stated and certified upon it by the Registrar or other officer preparing the same.

III. That when the record of proceedings or evidence in the cause appealed has been printed or partly printed abroad, the Registrar or other proper officer of the Court from which the Appeal is brought, shall be bound to send home the same in a printed form, either wholly or so far as the same may have been printed, and that he do certify the same to be correct, on two copies, by signing his name on every printed sheet, and by affixing the seal, if any, of the Court appealed from to these copies, with the sanction of the Court.

And that in all cases in which the parties in Appeals shall think fit to have the proceedings printed abroad, they shall be at liberty to do so, provided they cause fifty copies of the same to be printed in folio, and transmitted, at their expense, to the Registrar of the Privy Council, two of which printed copies shall be certified as above by the officers of the Court appealed from; and in this case no further expense for copying or printing the record will be incurred or allowed in England.

IV. That on the arrival of a written transcript of appeal at the Privy Council Office, Whitehall, the Appellant or the agent of the Appellant prosecuting the same shall be at liberty to call on the Registrar of the Privy Council to cause it, or such part thereof as may be necessary for the hearing of the case, and likewise all such parts thereof as the Respondent or his agent may require, to be printed by Her Majesty's Printer, or by any other printer on the same terms, the Appellant or his agent engaging to pay the cost of preparing a copy for the printer at a rate not exceeding one shilling per brief sheet, and likewise the cost of printing such record or appendix, and that one hundred copies of the same be struck off, whereof thirty copies are to be delivered to the agents on each side, and forty kept for the use of the Judicial Committee; and



that no other fees for solicitors' copies of the transcript, or for drawing the joint appendix, be henceforth allowed, the solicitors on both sides being allowed to have access to the original papers at the Council Office, and to extract or cause to be extracted and copied such parts thereof as are necessary for the preparation of the petition of appeal, at the stationer's charge not exceeding one shilling per brief sheet.

V. That a certain time be fixed within which it shall be the duty of the Appellant or his agent to make such application for the printing of the transcript, and that such time be within the space of six calendar months from the arrival of the transcript and the registration thereof in all matters brought by appeal from Her Majesty's colonies and plantations east of the Cape of Good Hope or from the territories of the East India Company, and within the space of three months in all matters brought by appeal from any other part of Her Majesty's dominions abroad; and that in default of the Appellant or his agent taking effectual steps for the prosecution of the Appeal within such time or times respectively, the Appeal shall stand dismissed without further order, and that a report of the same be made to the Judicial Committee by the Registrar of the Privy Council at their Lordships' next sitting.

VI. That whenever it shall be found that the decision of a matter on appeal is likely to turn exclusively on a question of law, the agents of the parties, with the sanction of the Registrar of the Privy Council, may submit such question of law to the Lords of the Judicial Committee in the form of a special case, and print such parts only of the transcript as may be necessary for the discussion of the same; provided that nothing herein contained shall in any way bar or prevent the Lords of the Judicial Committee from ordering the full discussion of the whole case, if they shall so think fit; and that in order to promote such arrangements and simplification of the matter in dispute, the Registrar of the Privy Council may call the agents of the parties before him, and having heard them, and examined the transcript, may report to the Committee as to the nature of the proceedings.

And Her Majesty is further pleased to order, and it is hereby ordered, that the foregoing Rules and Regulations be punctually observed, obeyed, and carried into execution in all Appeals or petitions and complaints in the nature of Appeals brought to Her Majesty, or to Her heirs and successors, in Council, from Her Majesty's colonies and plantations abroad, and from the Channel Islands or the Isle of Man, and from the territories of the East India Company, whether the same be from courts of justice or from special jurisdictions, other than Appeals from Her Majesty's Courts of Vice-Admiralty, to which the said rules are not to be applied.

Whereof the Judges and officers of Her Majesty's Courts of Justice abroad, and the Judges and officers of the Superior Courts of the East India Company, and all other persons whom it may concern, are to take notice, and govern themselves accordingly.

(Signed.) WM. L. BATHURST.

RULES & REGULATIONS OF THE JUDICIAL

COMMITTEE OF THE PRIVY COUNCIL.

Order in Council, 31st of March, 1855.

Whereas doubts have arisen with reference to the power of the Judicial Committee of the Privy Council to suspend or relax, under certain special circumstances, the Regulations in Appeal causes established by Her Majesty's Order in Council of the 19th of June 1853; Her Majesty, by and with the advice of Her Privy Council, is pleased to order, and it is hereby ordered. That in Appeal Cases, in which a Petition of Appeal to Her Majesty shall have been lodged, and referred by Her Majesty to the Judicial Committee, the said Regulations shall be subject to any Order or direction which, in the opinion of the Lords of the Judicial Committee, the justice of any particular case may seem to require.

(Signed,)

C. C. GREVILLE.

March 31, 1855.

(Extract from *Appendix* of Moore's Privy Council Cases, vol. IX, Part. 3rd.)

PROVINCE OF CANADA,
Lower Canada, to wit :— } COURT OF QUEEN'S BENCH,

(Appeal Side.)

Saturday the Eleventh day of July, one thousand eight hundred and fifty seven.

PRESENT :

The Honorable SIR L. H. LA FONTAINE, Bt. Chief Justice,
" MR. JUSTICE AYLWIN,
" MR. JUSTICE DUVAL,
" MR. JUSTICE CARON.

The following Rules are read and published.

REGULA GENERALIS.

Experience having shewn that the paper covers, heretofore in use are insufficient to protect the records of the Court, from injury, it is, hereby, ordered, pursuant, to the Statute in that behalf, that for the future the Clerk do provide proper wrappers, or external covers, in parchment, for each record; and, to defray the expence, thereof, the sum of one shilling and three pence shall be paid to him, over and above the other sums now payable upon the sueing out of any writ of Appeal.

It is further ordered that, instead of the present number, for the future there be fyled in the office of the clerk, twenty-five printed copies of cases, on each side, in appeal, and that the said cases be printed as heretofore, on paper in folio form.

U. W. U. LAW

INDEX

TO PRINCIPAL MATTERS IN T..

OF THE

LOWER CANADA JURIST.

COMPILED BY

STRACHAN BETHUNE, *Advocate.*

PAGE

ACTION *en déclaration de paternité*, although coupled with a demand for damages, is not susceptible of trial by Jury. (Clarke vs. McGrath. S. C.)... 5

" *en destitution de tutelle* cannot be instituted by a stranger. (Exparte O'Meara, petitioner *en des. de tut.*, vs. McCleverty. S. C.) 195

" *en garantie* :—vide GARANTIE.

" *en garantie* :—vide CORPORATORS.

" *en garantie* :—When the action is the result of an application for ratification of title, and the writ has been sued out under the same number as the original procedure, and as it were in that cause, it is not necessary to produce in the action *en gar.* either a copy of the title deed or copies of any portion of the record in such original procedure. (Exparte Judah & Judah, plaintiff *en gar.*, vs. Rolland, defdt *en gar.* S. C.) 194

" *en reddition de compte* will not lie against a Secretary-Treasurer who has rendered an account and received a discharge. If there be error in such account, the remedy is an action *en réformation de compte*. (The School Commissioners of Chambly vs. Hickey. S. C.) 189

" RESOLUTOIRE, in case of non-payment of purchase money stipulated in a deed of sale of immoveables, exists notwithstanding the property may have passed to a third party in virtue of a *registered* title, and notwithstanding the fact that the deed attacked has *not* been registered. (Pattenaude, appellant, and Lériger de Laplante et al., resp'ts. Q. B.) 106

ADJUDICATAIRE, non-resident in Lower Canada—*vide* FOLLE ENCHERE.

AFFIDAVIT :—sufficiency of, to opposition—*vide* OPPOSITION *à fin de distraire.*

" for *Capias* must contain the allegation of *personal* indebtedness by defendant. (Alexander vs. McLachlan. S. C.)..... 5

" :—*vide* OPPOSITION *à fin d'annuller.*

AGREEMENT, by a person *not* a member of Parliament, not to use his influence in opposition to the passage in Parliament of a Public Law, is not against Public Policy, and is a valid consideration for a contract to pay money. And an agreement to cease acting as Inspector of ashes, and to close an inspection of ashes store in Montreal, is a valuable consideration sufficient to support a contract to pay money, though under the Prov. Stat. 18th Vic., ch. 11, the party agreeing to do so had no legal right to act as Inspector or have an Inspection store. (Henshaw vs. Dyde S. C.) 124

AMELIORATIONS :—*vide* IMPROVEMENTS.

AMENDMENT, as regards number of cause, *vide* NUMBER.

" :—*vide* DECLARATION.

APPEAL will lie from judgment of Circuit Court dismissing a *défense en droit*. (McGinn, appellant, and Brawders, respondent. S. C.)..... 176

APPEARANCE, after foreclosure, *vide* DAMAGES.

PAGE.

APPEARANCE, need not be fyled, between 10th July and 31st August inclusively, but, if fyled after the last mentioned period in any action where a default has been recorded in the interim, the party so appearing must pay the costs of taking off the default. (Bell vs. Leonard. S. C.) 17

APPRENTICE:—Father of, misrepresenting his age, is liable in damages to the party to whom he binds him, if any be incurred, by reason of such apprentice quitting his engagement when of age. (Rice vs. Coe. S. C.).. 10

ARBITRATORS:—award of, which does not embrace all the material points submitted, or which discloses excess of authority, will be set aside. (Tate et al. vs. Janes et al., and E. contra. S. C.) 151

ASSUMPSIT:—in an action of, for work and labor done, if it be pleaded and proved that the work was performed under a written agreement, the plaintiff cannot recover. (McGinnis vs. McClosky. S. C.) 193

ATTACHMENT:—*vide* SALARY.

ATTORNEYS *ad litem*:—When one of two partners leaves the district the other can continue to act in the cause in his individual name, without the necessity of a regular substitution. (Tidmarsh vs. Stephens et al. S. C.) 16

" are liable *in solido* to the Sheriff, for his fees and disbursements on writs of execution, issued on the *fiat* of such Attorneys. (Boston et al., appellants, and Taylor, respondent. Q. B.) 60

AWARD OF ARBITRATORS, in itself conclusive, cannot be attacked by verbal evidence. (Joseph vs. Ostell. S. C.) 265

[REVERSED in Appeal, 12th October, 1857.]

BAILIFFS' FEES are *absolutely* prescribed by lapse of 3 years, under the 12th Vic., ch. 44. (LePailleur vs. Scott et al. S. C.) 275

BILL OF LADING:—Clause in, to effect, that carrier may at his option tranship at Quebec and forward goods to Montreal, at ship's expense and *merchant's risk*, does not relieve carrier from liability arising from negligence and want of care in the handling and landing of the goods at Montreal. (Samuel vs. Edmonstone et al. S. C.) 89

BORNAGE (ACTION EN) cannot be defeated by the existence, during 20 years, of a fence (*cloture*) between the two properties in question. (Devoyau, appellant, and Watson et al., respondents. Q. B.) 137

" (ACTION EN):—When defendant pleads, that he has been always ready to bound, and prays *acte* of his willingness so to do, but also prays *that plaintiff's action may be dismissed with costs*, defendant must pay the costs of the suit, although the costs of the *bornage* are divided. (Dansereau et al. vs. Privé. S. C.) 283

BROKER, assuming to be the mutual agent of buyer and seller, and accordingly signing bought and sold notes, will not be presumed in law to be such mutual agent from the mere fact of his being a *Broker*; and, in the absence of sufficient evidence of his being authorised by *both* parties to sign such notes, they will not constitute a valid memorandum in writing within the STATUTE OF FRAUDS. (Syme et al. vs. Heward. S. C.) 19

BYE-LAW:—The legality of a, is examinable on a motion to quash a conviction predicated thereon. And a Bye-Law, imposing a penalty of £5 *and* imprisonment for 60 days, in default of payment, is in excess of an authority granted by Statute to impose by Bye-Law a penalty not exceeding £5, *or* 60 days imprisonment, and is therefore illegal. (Exparte Rudolph, for *certiorari*, and the Harbour Commissioners of Montreal, prosecutors. S. C.) 47

CAPIAS AD RESPONDENDUM:—Imprisonment, under the 8th section of the 12th Vict., ch. 42, can only be effected after *personal* service on the defendant of

U. W. O. Law

PAGE.

the judgment and notice therein referred to. (Benjamin et al. vs. Wilson. S. C.)..... 4

CAPIAS AD RESPONDENDUM :—*vide* AFFIDAVIT for *Capias*.

" AD RESPONDENDUM :—Action commenced by, is unaffected by the quashing of the *Capias*, and this, notwithstanding that the amount demanded does not exceed £15 cy. (Elwes vs. Francisco. S. C.)..... 188

CARRIER :—*vide* BILL OF LADING.

" has a right to retain possession of goods carried, until the whole freight is paid, even where the freight is at a fixed rate per package, and the goods are not all ready for delivery. (Brewster et al. vs. Hooker et al. S. C.)..... 90

" :—In an action against, if he decline swearing to the value of the goods lost and claimed, the Court will submit the matter to the *serment décisoire* of the plaintiff. (Hobbs vs. Sénécal et al. S. C.)..... 93

CERTIORARI :—Costs on, will not be allowed against the Justice who has manifestly acted merely in the execution of his duty. (Exparte DeBeaujeu. S. C.) 15

" :—*vide* BYE-LAW.

" :—*vide* RECORDER.

" Costs on, are in the discretion of the Court. (Exparte Léonard. S. C.) . 255

CIRCUIT COURT :—Judgment on demurrer, *vide* APPEAL.

CIVIL DEATH :—A party condemned to death by the Court Martial which sat in Lower Canada in 1839, and subsequently pardoned, cannot *ester en jugement* or revendicate his property forfeited by reason of his attainder. (Rochon vs. Leduc. S. C.)..... 252

COMMINATORY CLAUSE :—A stipulation in a deed, that in default of purchaser paying his first instalment when due vendor might treat deed as null, on notifying purchaser to that end, accompanied by an express declaration that such stipulation was *de rigueur*, and one without which the vendor would not have signed the deed, is comminatory, and therefore not executory *à la rigueur*. (Homier vs. Demers. S. C.)..... 12

COMMUNITY OF PROPERTY, which has been always treated by the parties interested as existing, notwithstanding its legal dissolution by civil death subsequently removed by pardon, will also be treated by the Courts of Law as having existed *uninterruptedly* since the marriage. (Cartier vs. Béchard. S. C.)..... 44

" :—Question as to existence of, in case where parties were Lower Canadians and got married in the United States, without an antenuptial contract, will be governed by the matrimonial domicile. (Languedoc et *ux.* vs. Laviolette. S. C.)..... 240

[CONFIRMED in Appeal, March 1858.]

COMPENSATION :—*vide* DAMAGES.

COMPOSITE FIRM :—*vide* PARTNERSHIP.

CONFLICT OF LAWS :—*vide* MARRIAGE.

CONTRACT :—If terms of, be altered by two other deeds stipulating for its resiliation, one of which provides for the payment of a penalty by the party seeking for the resiliation, and if one of the contracting parties, with the consent of the other, transfers his rights to a third party, alluding in general terms to the right to resiliate under one of such deeds, without specifying which, and without any reference being made to a penalty, such third party is relieved from any liability for such penalty. (Monaghan vs. Benning. S. C.)..... 150

CORPORATION OF MONTREAL are bound to fill up an old water course which does damage to the property of a citizen within the limits of their jurisdiction. (Voyer vs. The Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Montreal. S. C.)..... 166

C

Page

CORPORATION :—The individual members of a, cannot be impleaded in respect of the affairs of such Corporation. (Hon. George E. Cartier, Attorney General *pro Regina*, informant, vs. Yule et al. S. C.). ... 286

CORPORATORS, sued in respect of their Corporation debts, as if they were members of a *mere de partnership*, cannot call in their co-corporators in the action en *garantie*, to indemnify them against their proportionate share of loss. (Howard et al. vs. Chapman et al. and Chapman et al., plaintiffs *en gar.*, vs. Chapman et al., defendants *en gar.* S. C.) ... 160

[CONFIRMED in Appeal, 12th Oct. 1854. *Court equally divided.*]

COSTS :—Security for, cannot be claimed by the Sheriff or other officer of the Court, before obeying the order of the Court. (Severn vs. Cunningham, and Boston, Sheriff. S. C.) ... 3

" :—*vide* DISTRACTION DES FRAIS.

" :—*vide* APPEAL.

" :—In the matter of damages for personal wrongs in Superior Court, where jurisdiction extends only to £10 sterling, *and costs*, the costs will be taxed as in a case in the Circuit Court of that amount. (Wilson vs. Morris, and Rasco, Petitioner, *pro exequatur d'instance*. S. C.) ... 266

" are not privileged, unless the original demand is of a privileged character. (Lafaude vs. Rowley, and La Banque du Peuple, opposant, and Lafrenaye and Papin, contesting Report of Distribution. S. C.) ... 274

" :—*vide* BORNAGE (*action en*).

" due in respect of a former action will not entitle defendant to suspension of proceedings, unless it appear that the causes of both are identical, and that the parties are also identical. (Lalonde vs. Lalonde. S. C.) 290

COUPE DE BOIS, once exercised along the whole extent of land reserved for that purpose, cannot be repeated, unless the title disclose a specific right to the exercise of a *perpetual* servitude of that description. (Croteau vs. Quintal. S. C.) ... 14

CREDITOR not a party to a deed, alleged to be made by a debtor *en déconfiture* and in fraud, will not be entitled to have such deed set aside, unless he prove that he has thereby suffered prejudice. (Sharing, appellant, and Meunier dit Lapierre et al., respondents. Q. B.) ... 142

CUMULATION D'ACTIONS cannot be pleaded by a preliminary plea or exception *à la forme*. (Hunter vs. Dorwin. S. C.) ... 287

CURE :—*vide* FABRIQUES.

" who celebrates the marriage of a girl during minority, without publication of banns, and without the consent of her parents, in virtue of a dispensation from his Bishop, is not liable for damages for so doing. (Laroque et *vir*. vs. Michon. S. C.) ... 187

[REVERSED, In Appeal, 1st March, 1858.]

DAMAGES for corporeal injury, cannot be recovered in *futuro*, without specific proof of the extent to which the power of the party to make a livelihood has been thereby impaired. (Marshall vs. The Grand Trunk Railway Company. S. C.) ... 6

" :—In action of, defendant may appear and plead, on ... delay of five months after service of interrogatories on *articles*, and although his failure to appear was attributable to his own fault. (Hayden vs. Fitzsimmons. S. C.) ... 9

" :—*vide* APPRENTICE.

" :—*vide* SAISIE GAGERIE.

" , from defect in thing sold, *vide* VENDEE.

" :—*vide* SLANDER.

for verbal slander, *vide* PRIVILEGED COMMUNICATION.

PAGE.

DAMAGES claimed from The Grand Trunk Railway Company, by reason of the alleged negligence of their servants in destroying the rubbish collected on the line of railroad, being the final act in the construction of a portion of the line of railway, are subject to the prescription of six months, under the 8th Vic., ch. 25, s. 49, and such prescription is available to the Company under the general issue. (Boucherville vs. The Grand Trunk Railway Company. S. C.)..... 179

" :—In an action for, by A. for delivery of stones to B., the latter cannot offer in compensation damages alleged to have been incurred in the building of B.'s house by A. *as a sub-contractor* under C." (Saucisse et al. vs. Hart. S. C.) 190

[CONFIRMED in Appeal, 1st March, 1858.]

" :—*vide* FALSE IMPRISONMENT.

" claimed for mutilating a person's horse are not considered *personal wrongs*, entitling a party to a trial by jury. (Durocher vs. Meunier. S. C.) 290

DEBT, not due, *vide* SAISIE ARRET.

DECLARATION cannot be amended, by reason of a fact which has occurred since the institution of the action. (Marsolais vs. Lesage. S. C.)..... 42

" :—Conclusions of, in an hypothecary action, must demand that land be sold in ordinary course, and not simply. (Platt et al. vs. Platt et al. S. C.)..... 183

DISTRACTION DE FRAIS :—Demand for, in an action not returned, can produce no legal effect in favor of the Attorneys demanding the same. (Rolland vs. Lariviere. S. C.)..... 82

DOMICILE of husband is where he usually resides and carries on his business, notwithstanding his family may reside elsewhere. In Lower Canada the law only recognizes one domicile. (Kay, appellant, and Simard, Respondent. S. C.) 167

DONATION *onéreuse* gives rise to payment of *lods et ventes*. (Lamothe et al. appellants, and Talon dit Lesperance, respondent. Q. B.)..... 101

" *inter vivos*:—A right reserved by, to be furnished "*avec des vêtemens suffisants et convenables pour chaque saison de l'année*," if left in abeyance, cannot afterwards be converted into a demand for money. (McGinn, appellant, and Brawders, respondent. S. C.) 176

" :—A *droit d'habitation* stipulated by, in favor of donor, on another property to be acquired subsequently by the donee, cannot be invoked by such donor against the purchaser of such other property from the donee. (Verdon vs. Groulx. S. C.)..... 184

DOUAIRE PREFIX :—In hypothecary action for recovery of, defendant cannot demand that the latest purchasers be sued first; such an exception applying only to the case of the *douaire coutumier*. (Benoit vs. Tanguay, and Tanguay, plaintiff, *en gar.* vs. Bouthillier, defendant, *en gar*..... 168

DOUBLE INSURANCE :—*vide* INSURANCE.

DROIT DE SUITE may be exercised after the 90 days, as between the landlord and tenant, during the existence of the lease. (Mondelet vs. Power. Q. B.) 276

ELECTION PETITIONS ACT :—Commissioner employed under, has a right of action against the party or parties on whose application he was appointed, for the fees due him as such Commissioner. (McCord vs. Bellingham, et al. S. C.)..... 174

EVIDENCE :—In an action on a promissory note, where defendant pleads usury, a party also liable to plaintiff on same note is a competent witness to prove such usury. (Malo vs. Nye. S. C.)..... 11

" ... rules of, are applicable in an action on a contract for building a house and furnishing materials. (McGrath vs. Lloyd. S. C.).... 17

PAGE.

EVIDENCE of bargain and sale of goods, *vide* BROKER.

" :—In a commercial case, verbal testimony may be adduced in explanation of the contents of a written document, the meaning of which may not be perfectly clear. (Garth vs. Woodbury et al. S. C.) 43
[CONFIRMED in Appeal, 1st March, 1858.]

" :—*vide* INTERRUPTION OF PRESCRIPTION.

EXCEPTION *à la forme* cannot be pleaded by parties not styling themselves defendants, and an exception so pleaded will be rejected on motion. (Grinton vs. The Montreal Ocean Steamship Company. S. C.)..... 84

" *à la forme*:—Merits of, cannot be tried or tested by motion. (Clarke et al. vs. Clarke et *ux.* S. C.) 99

" *à la forme*:—Plaintiff may plead new facts by way of estoppel to, and the sufficiency of such new facts cannot be tried or tested by motion. (The Beacon Life and Fire Assurance Company of London, vs. Whyddon. S. C.) 178

" *à la forme*, by which it is alleged, that defendant is described in the writ as of "St. Hyacinthe," simply, whereas he in fact lives in the Parish of St. Hyacinthe Le Confesseur, and that there are three distinct places or localities in the district of Montreal, known respectively as the Town of St. Hyacinthe, the Parish of St. Hyacinthe, and the Parish of St. Hyacinthe Le Confesseur, is bad in law. (Lyman et al. vs. Chamard. S. C.)..... 183

EXCEPTION:—*vide* PLEA.

" *à la forme*:—*vide* PRELIMINARY EXCEPTION.

EXCHANGE:—*vide* LODS ET VENTES.

EXHIBIT:—Insufficiency of, not a legal ground for its rejection from the record. (Strother vs. Torrance. S. C.)..... 83

EXHIBITION DE TITRES can no longer be claimed, in consequence of the passing of "The Seigniorial Act of 1854." (Dumont et al. vs. Chaurette. S. C.) 186

EXECUTION:—The presence or co-operation of *recors* is wholly unnecessary for the validity of a seizure made thereunder. (Guilfoyle vs. Tate et al. and Tate, et al. opposants. S. C.)..... 188

" :—Moveables and immoveables can be seized simultaneously under one and the same writ of. (Kierzkowski vs. Lespérance and Lespérance, opposant. S. C)..... 193

" of a judgment *en séparation de biens* is sufficiently effected, by a renunciation by the wife to the community, duly insinuated. (Sénécal, appellant, and Labelle et al. respondents. S. C.)..... 273

FABRIQUES:—At meetings of, the *Curé* has no right to preside, the *marguillier en charge* being the proper officer so to preside; and any such meetings presided over by the *Curé* are null. And when the *Marguillier en charge* cannot read nor write, a minute of the deliberations of the meeting ought to be drawn up by a Notary. (Damour et al. vs. Guingue. S. C.)..... 94

FAITS ET ARTICLES:—Interrogatories and rule need not be served personally, in a default case, when the writ of summons and declaration have been personally served. (Turgeon vs. Hogue et al. S. C.)..... 270

FALSE IMPRISONMENT:—Damages claimed for, will be allowed, although no malice be proved. (Wilson vs. Morris, and Dame Elizabeth Ravaria, plaintiff, *par reprise d'instance*. S. C.)..... 237

FOLLE ENCHERE:—Rule for, against *adjudicataire* described in Sheriff's return, as residing in Upper Canada, may be declared absolute, on a simple return of a Bailiff, that he has no domicile in Lower Canada, and cannot be found in the district of Montreal. (Guy vs. Clarkson, and McLean *adjudicataire*. S. C.)..... 193

U. W. O. LAW

PAGE.

FREIGHT :—*vide* CARRIER.

GARANTIE, *(action en)* does not lie by vendor against vendee, who has neglected to pay certain debts of the vendor which he had undertaken to pay, and in consequence whereof vendor has been sued for the recovery of such debts. (Gauthier et al. vs. Darche. S. C.)..... 42

(REVERSED in Appeal—*vide* p. 291.)

" *(action en)* *does* lie by vendor against vendee, who has neglected to pay certain debts of the vendor which he had undertaken to pay, and in consequence whereof vendor has been sued for the recovery of such debts. (Gauthier et al. appellants, and Darche, respondent. Q. B.) 291

" :—In case of sale of an immovable by several vendors, who in one and the same deed merely sell their respective shares therein which are defined, without any stipulation of *solidarité*, although for one price for the whole property, is divisible among the several co-vendors. (Marteau, Tutor vs. Tétreau. S. C.)..... 245

GARDIEN :—*vide* SHERIFF.

" failing to represent goods, must remain *contraint par corps*, until he produce the same or pay their value. (Ouimet vs. McCallum, and Clarke, *mis en cause*. S. C.)..... 158

" failing to represent goods, must remain *contraint par corps*, until he produce the same. (Wilson vs. Pariseau and Phillips, *mis en cause*. S. C.)..... 253

GENERAL DAMAGES :—*vide* RAILWAY ACCIDENT.

GUARDIAN'S FEES :—*vide* SHERIFF.

HYPOTHEQUE :—*vide* LETTERS PATENT.

HYPOTHECARY ACTION :—*vide* DOUAIRE PREFIX.

" " :—*vide* DECLARATION.

" " joined to a personal one, is prescribed by the lapse of 30 years. (Délard vs. Paré, et ux. S. C.)..... 271

" DEBTS :—*vide* IMPUTATION.

IMPROVEMENTS :—Possessor of land in bad faith has no *droit de retention* therefor. (Lane et al. vs. Deloge. S. C.)..... 3

IMPUTATION OF PAYMENTS :—Monies paid by an hypothecary debtor to his creditor, in respect of two debts of different dates, both payable by instalments, but subject to the privilege of acquitting the more ancient one before it became due, *without imputation made at the time of payment*, will be imputed, 1stly in extinction of the interest accrued on the more ancient debt, 2ndly on the principal of that debt, whether [illegible] or not, 3rdly on the interest due on the more recent debt, and lastly on the principal of such last mentioned debt. (Casson vs. Thompson. S. C.)..... 156

INSPECTOR OF ASHES :—*vide* AGREEMENT.

" OF ROADS is an Officer within the meaning of the Provincial Statute 14 and 15 Vic. ch. 54, entitled to a month's notice of action for damages in consequence of an Act performed by him in that capacity, although the act may have been committed without legal authority. (Jetté, appellant, and Choquette, respondent. Q. B.)..... 148

INSURANCE :—In the case of a Policy of Insurance granting permission, in the body thereof, to insure elsewhere, on giving notice to that end to the Directors of the company, in order that the second Insurance might be endorsed on the Policy, and requiring by the Bye-laws of the company printed on the back of the Policy that such notice be given and such second Insurance endorsed on the Policy, *à peine de nullité*, a notice of such second insurance after the fire, and, as a consequence,

PAGE.

not endorsed [illegible] is sufficient. (Soupras vs. The Mutual Fire Insurance Company of the Counties of Chambly and Huntingdon. [illegible] 197

INSURANCE :—The condition usually endorsed on Policies of Insurance, respecting double insurance, will be held to be waived on the part of the Insurance Company, if their Agent, on being notified of such double insurance *after* the fire, make no specific objection to the claim of the assured on that ground. (Atwell vs. The Western Assurance Company. S. C.) 278

[REVERSED in Appeal, December Term, 1857.]

" :—The mere substitution of one office for another in a case of Fire Insurance does not necessitate the giving of notice, as in the case of a new or double insurance. (Pacaud vs. The Monarch Insurance Company. S. C.) 284

INTERRUPTION OF PRESCRIPTION of a note will be considered proved by the production of a letter from defendant making reference to a note of his, without specifying it particularly, if no evidence to the contrary be adduced, to the effect, that the letter had reference to some other note. (Thompson vs. McLeod. S. C.) 155

INTEREST on Seigniorial arrears, due in virtue of a subsequent convention, are liable to Registration. (Mogé vs. Lapré and Massue, opposant, and Morrison, opposant. S. C.) 255

JUDGMENT, *non obstante veredicto* :—*vide* VERDICT.

homologating an award of Arbitrators is an interlocutor, susceptible of being revised. (Tate et al. vs. Janes et al., and E. contra. S. C.) .. 151

" OF DISTRIBUTION :—A party contesting, will be collocated for any monies accruing from the reformation of the judgment by reason of his contestation, in preference to other parties of record who may otherwise have preferential claims, but who have not contested. (Mogé vs. Lapré & Massue, opposant, and Morrison, opposant. S. C.) 255

" by default, against a party sued as an absentee from Lower Canada, may be set aside by opposition *à fin d'annuller*, grounded on the fact that the defendant was not such absentee, but actually resided in Lower Canada when sued. (Armstrong vs. Crochetière, and Crochetière, opposant. S. C.) 276

JURISDICTION :—In an action by Consignee for value of goods sold by Carrier, at place of destination, instead of being delivered, a question of jurisdiction will be determined by the place where such sale was made, and not by the place where the original contract to carry was made. (Richer vs. Mongeau. S. C.) 100

" :—Question of, cannot be tried on motion. (Elwes vs. Francisco. S. C.) 188

" :—Question of, will be governed by the amount demanded and not by that really due. (Généreux vs. Leroux. S. C.) 285

JURY TRIAL :—*vide* ACTION *en déclaration de paternité* and PLEA.

" :—When the verdict and findings are contrary to the evidence, the Court will order a new trial. (Beaudry, appellant, and Papin, respondent. Q. B.) 114

" in case of a personal wrong, *vide* DAMAGES.

LANDS may be seized simultaneously with goods, under one and the same writ. (Kierzkowski vs. Lespérance et Lespérance. S. C.) 193

LAW *cum notissimi* forms no part of the law of Lower Canada. (Délard vs. Paré et *ux.* S. C.) 271

LEASE cannot be broken by a subsequent sale, as regards the current year, nor without previous notice to that end. (Boucher vs. Forneret. S. C.) 269

PAGE.

LEASE *can* be broken by a subsequent sale, without any previous notice to the tenant by the vendor. (Mountain vs. Léonard et al. S. C.) 272

LEGACY :—Where A by his will bequeaths the interest on a capital sum to each of his daughters during their lifetime, and from and after the death of any one of them to her child or children lawfully begotten *until the age of majority*, and *on attaining that age* "the principal to be paid "to him, her or them, for his, her or their absolute use," subject to the proviso, that if any of such daughters should die unmarried, or without leaving lawful issue, the interest should be paid to the surviving daughters, and one of the daughters dies *ab intestat*, leaving a child *who only survives her a few days*, the legacy in capital and interest so bequeathed to such deceased daughter becomes the property of the surviving husband. (Reid, appellant, and Prévost, respondent. Q. B.) 320

LEGATEE :—A party sued as a *universal* legatee, for the recovery of a debt due by the testator, who by the terms of the will is plainly a *special* legatee only will not be held liable, without due proof by plaintiff that the property bequeathed formed in fact the universality of the testator's estate; and the production by plaintiff of an inventory of such estate, in which the defendant is styled *universal* legatee, and in which no property or effects are mentioned other than those bequeathed to defendant, will not be held to be such due proof. And parol evidence of a promise by the legatee to pay will not, under such circumstances, be allowed. (McMartin vs. Garceau. S. C.)..... 286

LEGITIME cannot be claimed where the deceased parent has left a will. (Quintin vs. Girard et ux. S. C.)..... 163

[CONFIRMED in Appeal, 1st March, 1858.]

" :—In an action for, account must be taken of the charges to which the property given has been made subject. (Lefebvre et ux. vs. Boyer. Q. B.) 267

LESSOR AND LESSEE :—*vide* SAISIE GAGERIE.

" :—*vide* PRIVILEGE.

LETTERS PATENT :—A general *hypothèque* secured by, is not exempt from registration, and must in that respect be treated in the same way as all general mortgages requiring registration before the 1st of November, 1844. (The Queen, appellant, and The People's Building Society, respondent. Q. B.) 55

LODS ET VENTES :—When a party owning a property held *en censive* and another held in free and common soccage, sells the latter to [illegible] on the same day, before the same Notary, B exchanges this property for the one held *en censive*, fraud will not be presumed, and *Lods* will not be allowed, without due proof of fraud and the real consideration (if any) which was given for the exchange. (Les Sœurs de la Charité de l'Hôpital Général de Montréal vs. Primeau. S. C.)..... 13

[REVERSED in Appeal—*vide* p. 200.]

" :—*vide* DONATION ONEREUSE.

" :—Fraud will be presumed and *Lods* accorded, where a party, owning a property *en censive* and another in free and common soccage, sells the latter to B, who, on the same day, and before the same Notary, exchanges it for the property *en censive*. (The Sisters of Charity of the General Hospital, appellants, and Primeau, respondent, Q. B.) 200

MARGUILLIERS :—*vide* FABRIQUES.

MARRIAGE, of Minor without consent of parents—*vide* CURE.

" contracted and solemnized in accordance with the laws of the country where it is so contracted and solemnized, is, by the law of nations,

U. W. O. LAW

PAGE.

binding and valid everywhere. And a marriage in the State of New York (where minors may legally be married, without the aid of parents or tutors,) between a minor, unassisted by her tutor, and a major, and both parties being residents of Lower Canada, is valid in Lower Canada. And a second marriage in Lower Canada, preceded by a contract stipulating *séparation de biens*, can in no way affect the civil rights of the parties under the first marriage. And the fact of the tutor to one of the married parties having been a party to such contract and present at such second marriage is no bar to his pleading the non-validity of such contract and second marriage, and the fact of his being a creditor of the husband entitles him in law so to plead. And it is incompetent for either of the married parties themselves to plead the nullity of their said first marriage. (Languedoc et ux. vs. Laviolette. S. C.) 240

[CONFIRMED in Appeal, March 1859.]

MASTER AND SERVANT :—*vide* SCHOOL COMMISSIONERS.

" :—*vide* PRIVILEGED COMMUNICATION.

" :—In an action for Salary on the ground of wrongful dismissal, where defendant pleads that plaintiff has been guilty of *disobedience of orders* and *prevarication and defalcation* in his accounts, though neither charges be proved, yet if the Court thinks there has been manifest *neglect* of duty, and *errors and irregularities* in plaintiff's accounts, his discharge will be held justifiable, and he will not be entitled to wages *beyond the date of dismissal*. (Webster vs. The Grand Trunk Railway Company of Canada. S. C.) 223

MEDICAL *attendance and medicines* :—Claim for, is not liable to the Prescription of *sex annos*, under the 10th and 11th Victoria, ch. 11. (Buchanan et al. vs. Cormack. S. C.) 181

MINORS can only be represented in legal proceedings by a Tutor appointed *en justice*, and an opposition fyled by a Parent styling himself merely the natural or legitimate Tutor of his children, will be dismissed. (Fletcher vs. Gatignan, and Gatignan, tutor, opposant. S. C.) 100

MINORITY :—*vide* PRESCRIPTION.

MONIES, paid by a defendant after execution, *vide* SHERIFF.

" levied under execution must be distributed by the ordinary Report of Distribution, although only one opposant fyle a claim, unless all the parties concerned consent to a distribution by motion. (Mead vs. Reipert et al., and Bouthillier, opposant. S. C.) 177

MOTION to unite two causes together, on the ground merely that the matters in contest in both cases are identical, will not be allowed. (Simard vs. Perrault, and Perrault vs. Simard, and divers parties *reprenant l'instance*. S. C.) 249

NEGLIGENCE :—Presumption of, arising from the fact of railway cars getting off the track, and thereby causing personal injury to a passenger, is stronger than the testimony to the contrary of the Railway Company's servants, whose duty it was to guard against such description of accident. (Germain vs. The Montreal & New York Railroad Co. S. C.) 7

NEW TRIAL :—*vide* JURY TRIAL.

NOTICE, *of* double Insurance, *vide* INSURANCE.

NOTICE OF PROTEST :—*vide* PROMISSORY NOTE.

NUMBER :—Error in, on back of an opposition *à fin d'annuller*, is fatal, and cannot be amended on motion to that end; and an opposition so erroneously docketed will be dismissed on motion. (Joseph vs. Cay and Cay, opposant. S. C.) 3

PAGE.

ONUS PROBANDI, in an action for slander where plaintiff, in answer to plea of prescription of a year, pleads that the slanderous expressions did not come to her knowledge until within a year and a day before the commencement of such action, is on the plaintiffs. (Ferguson, appellant, and Gilmour, respondent. Q. B.)..... 131

OPPOSITION *à fin d'annuller*, to *vend. Ex. de Ter.* *vide* VENDITIONI EXPONAS DE TERRIS.

" *à fin d'annuller* :—Affidavit in support of, swearing to the truth of the allegations, *to the best of the opposant's knowledge*, is sufficient. (Fournier, appellant, and Grace Russell, respondent. Q. B.)..... 118

" *à fin d'annuller* :—*vide* JUDGMENT.

" *à fin de conserver* may be fyled on a transfer *not* signified. (Lamothe et al. appellants, and Talon dit Lespérance, respondent. Q. B.)..... 101

" *à fin de distraire* :—Affidavit of defendant, who is the husband of opposant, in support of, without any allegation of his being opposant's agent, is sufficient to support the opposition. (Wilson vs. Parisean and Simard, opposant. S. C.)..... 1

" *à jugement* :—*vide* PARTNERSHIP.

" by a natural or legitimate Tutor, *vide* MINORS.

" *en sous ordre*, being in the nature of a *saisie arrêt*, must be either founded on a judgment or supported by the ordinary affidavit required in the case of an attachment before judgment. (Stirling et al. vs. Darling and Fowler, opposant, *en sous ordre* to plaintiffs. S. C.)..... 161

" to an application for Ratification of Title :—effect of, as regards vendor. *vide* RATIFICATION OF TITLE.

PARLIAMENT :—Agreement not to resist the passing of an Act of, *vide* AGREEMENT.

PARTNERSHIP :—A member of a composite, cannot retire and substitute another in his place, without the consent of each individual partner; and a judgment rendered against the composite firm under such circumstances is null, *quoad* the non-assenting copartners. (Mullins vs. Miller et al. and McDonald et al. opposants. S. C.)..... 121

(CONFIRMED in Appeal, 1st October 1857.)

PARTNERS :—The only action they can bring against each other, in respect of the affairs of the copartnership after its dissolution, is the action *pro socio*. (Bouthillier vs. Turcotte. S. C.)..... 170

PASTURAGE :—right of, *vide* SERVITUDE.

PEREMPTION D'INSTANCE is always allowed with costs. (Mongeau et ux. vs. Turenne dit Blanchard. S. C.)..... 264

also Chapman et al. vs. Aylen. S. C..... 264

and Gore vs. Gugy. S. C..... 264

" will be allowed, notwithstanding the absence of a *portion* of the Record. Chapman et al. vs. Aylen. S. C.)..... 264

PERISHABLE GOODS :—*vide* SAISIE ARRET.

PERSONAL and HYPOTHECARY ACTION is subject to the prescription of 30 years. (Délard vs. Paré et ux. S. C.)..... 271

PETITORY ACTION :—*vide* IMPROVEMENTS.

" " can be maintained by a purchaser who has had neither possession nor tradition. (Verdon vs. Groulx. S. C.)..... 184

" ACTION does not lie, at the suit of one proprietor against his co-proprietor *par indivis*, for the recovery of his portion of the real property owned by them; the proper remedy being an action *en partage*. (McAdam vs. Kingsbury. S. C.)..... 287

PLEA :—That part of, in an action *en déclaration de paternité*, and for damages, which concludes for trial by Jury, will be struck out on motion. (Clarke vs. McGrath. S. C.)..... 5

PAGE.

PLEA, after foreclosure:—*vide* DAMAGES.

" or exception, which joins law and fact together, will be rejected on motion. (Addison vs. Bergeron et al. S. C.) 196

PLEADING:—Portion of, may be struck out on motion, *vide* SPECIAL ANSWER.

" and exhibits, inscribed *en faux*, on the ground that they were not fyled on the day on which they purport to have been fyled, may be withdrawn and others substituted in their place, on payment of costs of procedure *en faux* and thirty shillings additional on fyling new pleadings. (Mayer vs. Thompson et al. S. C.) 280

POSSESSION:—*vide* WRIT.

PRELIMINARY EXCEPTION:—When parties are impleaded as defendants, *en gar*, under the designation of "contractors and manufacturers and copartners" with the plaintiffs *en gar*, they may plead by preliminary exception, that they are not such contractors, &c., and by the same exception attack the correctness of the names and designations assumed by the plaintiffs, *en gar*, and on proof of the allegations of such exception they will be entitled to the dismissal of the action *en gar*. (Edmonstone et al. vs. Childs, et al. and Childs et al. plaintiffs, *en gar*., vs. Chapman et al. defendants, *en gar*. S. C.) 249

(Confirmed in Appeal, Decr. Term 1857, Court equally divided.)

PRESCRIPTION, under 8 Vic. ch. 25. s. 49, does not apply to actions for personal injuries. (Marshall vs. The Grand Trunk R. W. Co. S. C.) 6

" under 16 Vic. ch. 46, s. 29, does not apply to actions for personal injuries. (Germain vs. The Montreal and New York R. R. Co. S. C.) 7

" :—*vide* WAGES.

" of one year, in action for slander. *vide* ONUS PROBANDI.

" of ten years does not run during minority of party to whom it is opposed. (Devoyau, appellant, and Watson et al. respondents. Q. B.) 137

" :—*vide* INTERRUPTION OF PRESCRIPTION.

" , under 8 Vic. ch. 25, s. 49, *vide Damages*.

" , under 10 and 11 Vic. ch. 11, *vide* MEDICAL ATTENDANCE AND MEDICINES.

" :—when pleaded under the 125th Act of the Custom of Paris, the oath of the defendant may be demanded *sur faits et articles*. (Buchanan et al. vs. Cormack. S. C.) 181

" of three years, under 12 Vic. ch. 44, is an *absolute* bar to any action, and does not require to be supported by tender of the oath of payment, by the party invoking it. (La Pailleur vs. Scott et al. S. C.) 275

PRINCIPAL AND AGENT:—A principal is not liable for money paid to his Agent by mistake, in excess of an amount actually due, unless it be shewn that the principal has either received or otherwise benefitted by such payment. (The City Bank vs. The Harbour Commissioners of Montreal. S. C.) 288

PRIVILEGE:—A conventional privilege on moveables will be restrained within the precise limits of the agreement creating it. (Whitney vs. Craig, and Craig, opposant, and Whitney, contesting. S. C.) 97

" landlord, is prescribed, as regards the *subsequent* one, by a lapse of two months after judgment on *saisie gagerie*, without execution. (Johnston, Appellant, and Bonner, Respondent. Q. B.) 116

PRIVILEGED COMMUNICATION cannot be made subject-matter of an action for damages for verbal slander, and such is a communication made by an employer, in his own private office, to one of his own clerks, regarding the conduct or character of a party in connexion with his relations to another of the employer's clerks. (Ferguson, Appellant, and Gilmour, Respondent. Q. B.) 131

PAGE.

PROMISSORY NOTE, signed by a woman *séparée de biens*, without proof of an authorization by the husband, is null, notwithstanding it be given for purchases made by herself. (Badeau v. Brault and ux. S. C.) 171

" In an action against endorser of, payable to the order of the maker, and endorsed by him to such endorser, the following notice of dishonour addressed to maker and endorser conjointly is sufficient, in the absence of any proof by the Defendant of the existence of another note,—"Your promissory note for £30 cy., dated at Montreal the 2d September, 1856, payable three months after date to [illegible] or order, and endorsed by you, was this day, at the request of Messrs. Handyside, Sinclair & Company, of this city, merchants, duly protested for non-payment." (Handyside et al. v. Courtney et al. S. C.) 280

" A paper writing, undertaking to pay A B, *or bearer*, a certain sum of money, one half *in cash* and the other half *in grain*, is *not* a promissory note, and therefore not negotiable. (Gillin, Appellant, and Cutler, Respondent. S. C.)..... 277

" In an action on, where Defendant pleads that he had sent in a renewal to Plaintiffs and that they never returned it, and Plaintiffs reply that they had refused to accept the note as a renewal, defendant will be held to have been bound, on such refusal, to call and take away the note he had so sent in renewal; and that the mere fact of Plaintiffs not returning it will not be construed into an agreement to renew. (Lyman et al v. Chamard. S. C.) 285

RAILWAY ACCIDENT:—*Vide* NEGLIGENCE and PRESCRIPTION.

" In action of damages arising from, which resulted in the death of a party and the destruction of the horse and waggon by which he was drawn, no damages will be allowed beyond the mere value of the horse and waggon, without specific proof of the value of the party's life. (Rayary, Tut. et al. v. The Grand Trunk Railway Co. of Canada. S.C.) 280

RAILWAY COLLISION:—*Vide* DAMAGES and PRESCRIPTION.

" *Vide* DAMAGES.

RATIFICATION OF TITLE:—An opposition to an application for, not containing any engagement on the part of the vendor to obtain such ratification or on its being asked for by the vendee to cause all opposition to be removed, amounts in law to a *trouble*, and entitles the applicant to sue his vendor in an action *en garantie* to compel him to intervene and hold him harmless from such opposition. (Exparte Judah & Judah, Plaintiff *En Gar.*, v. Rolland, Defendant *En Gar.* S. C.).. 194

RECORDER is not bound to make any record whatever of evidence adduced before him, and consequently the Superior Court has no means of testing a question of jurisdiction, the solution of which depends on the precise character of such evidence. (*Domina Regina*, on petition of Ira Gould for *certiorari*, v. The Hon. Joseph Bourret. S. C.)..... 162

RECORS:—*Vide* SAISIE REVENDICATION.

" *Vide* EXECUTION.

REGISTRATION:—*Vide* LETTERS PATENT.

" *Vide* ACTION REVOCATOIRE.

" *Vide* INTEREST, on, Seigniorial Arrears.

" during a *saisie réelle*, confers no right of *hypothèque* to the prejudice of other creditors who have not registered their claims. (Gale v. Griffin, Cur., and Gale, Opposant, and Sewell, Opposant. Q. B.) 266

REGISTRATION:—*Vide* SERVITUDE.

RENEWAL:—*Vide* PROMISSORY NOTE.

RENT:—*Vide* PRIVILEGE.

PAGE.

REVOCATION :—*Vide* WILL.

SALARY, not due at time of service of writ of attachment, cannot be seized. (Malo v. Adhémar and La Banque du Peuple, T. S. C. C.) 270

SALE of goods :—Evidence of validity of. *Vide* BROKER.

" Damages for defect in thing sold. *Vide* VENDEE.

" of immoveables :—*Vide* ACTION REVOCATOIRE.

" *Vide* LEASE.

SAISIE ARRET, issued for recovery of a debt not due, but which became due during pendency of suit, is properly declared good and valid by the final judgment in the case: and the truth of the contents of the affidavit, in virtue of which the writ issued, cannot in any way be attacked, in such suit. (Préfontaine, Appellant, and Prévost et al., Respondents. Q. B.) 104

" Perishable goods seized under, cannot be ordered by the Court to be sold, *pendente lite*. (Larochelle v. Piché & Piché, Intervening party. S. C.) 158

SAISIE EXECUTION :—*Vide* LANDS.

SAISIE GAGERIE :—Damages cannot be recovered for suing out maliciously, and with marked rigour, where the rent was really due. (David, Appellant, and Thomas, Respondent. Q. B.) 69

" *Vide* DROIT DE SUITE.

SAISIE REVENDICATION ;—Validity of cannot be affected by the absence of *Record*. (Desjardins v. Dubois. S. C.) 81

SECURITY FOR COSTS :—*Vide* COSTS.

" If not put in within the delay prescribed by the order of the Court, action will be dismissed (Adams v. Sutherland. S. C.) 186

SEIGNIORIAL ARREARS.—*Vide* INTEREST.

SEPARATION CONTRACTUELLE is not effected, by providing in a contract of marriage *merely for exclusion of community;* and a wife, under such circumstances, cannot *ester en justice*, unassisted by her husband. (Wilson vs. Pariseau, and Simard, opposant. S. C.) 164

" *de biens* :—Execution thereof,—*vide* EXECUTION.

SERVITUDE :—*vide* COUPE DE BOIS.

" :—A right of pasturage created by a deed of Donation is a *servitude réelle;* and such servitude, created before the Registry Ordinance came into force, need not be registered. And a bequest of a portion of the land affected with such servitude, without reference to the servitude, will include it. And the proprietor of the *héritage dominant* becoming a proprietor of a portion of the *héritage servant* will not forfeit thereby his right of servitude on the remainder of the property affected, but such right will merely suffer diminution *pro tanto*. (Dorion et al., appellants, and Rivet, respondent. Q. B.) 308

SHERIFF :—*vide* COSTS.

" :—*vide* ATTORNEY *ad litem*.

" , in respect of monies paid into his hands, in satisfaction of an execution, is the mere *mandataire* of the plaintiff suing out such execution, and consequently that he ought at once to pay such monies to the plaintiff and not return to the Court that he holds the same, subject to the order of the Court; and this, even when such monies are so paid to him after seizure and on the day fixed for the sale of the property seized. And where the Sheriff makes a return, under such circumstances, that he has the monies instead of paying them over, the Court will order such monies to be paid to plaintiff, on motion, notwithstanding that the defendant's creditors have claimed the same

PAGE.

by oppositions, in which *déconfiture* is alleged on the part of the defendant. (Ryan et al. vs. Woods, and divers opposants. S. C.).. 85

SHERIFF, in default of representing goods seized and placed in hands of a *gardien d'office*, cannot be compelled to pay more than the value of the goods. (Leverson vs. Cunningham, and Boston, *Sheriff*. S. C.)..... 86

SHERIFF can compel plaintiff to make all necessary advances for the proper care and safe keeping of moveables under seizure, and that in default of payment of such advances Sheriff and guardian will be discharged from all liability in regard to such care and safe-keeping. (Price vs. Wilkinson et al. S. C.) 9

" , receiving money from a defendant in satisfaction of an execution, is bound to pay the same to the plaintiff, and such money is not liable to the Sheriff's Commission and Court House Tax. (Stirling et al. vs. Darling. S. C.) 16

" cannot refuse the demand of an opposant to return an execution *de terris*, on the ground that his fees and disbursements thereon have not been paid. (Wilson vs. Brown, and Brown, opposant. S. C.)..... 284

SCHOOL COMMISSIONERS:—Power granted by Statute to, to remove masters for misconduct, or incapacity, "after a mature deliberation, at a meeting called for that purpose," does not exempt them from the ordinary legal liability to justify their acts towards their *employées*, when called upon to do so. (Browne vs. The School Commissioners of Laprairie. S. C.) 40

SLANDER (VERBAL):—In action of damages for, the *ipsissima verba* need not necessarily be proved, if the substance of the charge be made out. (Beaudry, appellant, and Papin, respondent. Q. B.)..... 114

" :—*vide* PRIVILEGED COMMUNICATIONS.

" :—*vide* ONUS PROBANDI.

SPECIAL ANSWER, setting out new matter which ought originally to have been alleged in the declaration, will be rejected on motion, and so will a portion of a special answer setting out such new matter be struck out on motion. (McGoey vs. Griffin. S. C.) 39

SOUS ORDRE:—*vide* OPPOSITION.

SUBSTITUTION:—*vide* ATTORNEYS.

TAX, for building Court House—*vide* SHERIFF.

TIERS SAISIS:—The declaration of several, of a like character, may be attacked by one contestation, where they are alleged to be *solidairement* liable; a *tiers saisi* being more a party than a witness in a cause. (Macfarlane, Appellant, and Whiteford, Respondent, Q. B.)..... 49

TRANSFER, *not* signified:—*Vide* OPPOSITION A FIN DE CONSERVER.

TROUBLE:—*Vide* RATIFICATION OF TITLE.

TUTELLE:—*Vide* ACTION EN DESTITUTION DE TUTELLE.

TUTOR, natural or legitimate. *Vide* MINORS.

UNITING CAUSES:—*Vide* MOTION.

USURY:—*Vide* EVIDENCE.

" Money actually paid, in excess of six per cent interest, cannot, under the Prov. Stat. 16 Vic. ch. 80, either be recovered back or be claimed to be deducted from the capital sum borrowed. (Malo v. Nye. S. C.) 155.

[REVERSED in Appeal, 1st October, 1857.]

VENDOR of real estate, who has obtained judgment against his vendor in an action, *quanto minoris* cannot bring an action to have such judgment declared binding on the *cessionaire* of the vendor. (Ryan v. Idler. S.C.) 9

(REVERSED in Appeal, 257.)

719212

PAGE.

VENDEE of a moveable cannot claim damages arising from defects in the article purchased, without tendering back such article to the vendor. (Clément v. Page et al. S. C.) 87

" of real estate, who has obtained judgment against his vendor in an action *quanto minoris*, can bring an action to have such judgment declared binding on the *cessionaire* of the vendor. (Ryan, Appellant, and Idler, Respondent. S. C.) 257

VENDITIONI EXPONAS *de terris*:—Sale under, cannot be opposed for any alleged defects in proceedings under *fi. fa.*, particularly where such proceedings are asked to be set aside; and an opposition *à fin d'annuller* under such circumstances is rightly attacked by motion. (Abbott v. The Montreal and Bytown Railway Company and The Company, Opposant. S. C.) 1

VENDITIONI EXPONAS *de terris*:—Opposition *à fin d'annuller* to, may be fyled, under certain circumstances. (Fournier, Appellant, and Grace Russell, Respondent. Q. B.) 118

VENDORS:—*Vide* GARANTIE.

VERDICT of Jury, against law and evidence, is properly set aside by a judgment *non obstante veredicto*. (Ferguson, Appellant, and Gilmour, Respondent. Q. B.) 131

" for an amount *less* than forty shillings *sterling*, will only carry costs to a similar amount, and the basis of calculation must be at the rate of 24s. 4d. currency for each pound sterling. (Leduc, Appellant, and Busseau, Respondent. Q. B.) 191

WAGES:—Plea of prescription of, must be accompanied by tender of oath as to payment, and by an averment that a book was kept in which the payments were duly entered. (Hogan et al. v. Scott et al. S. C.) 83

" *Vide* MASTER AND SERVANT.

WATER COURSE:—*Vide* CORPORATION OF MONTREAL.

WILL, executed before a notary and two witnesses, may be revoked by a subsequent one executed before *one* witness *only*. (Fisher et al. v. Fisher et al. S. C.) 88

" Want of insinuation and publication of, cannot be opposed to possessor *animo domini* suing for *Bornage*, and cannot be pleaded by a party deriving title under that will. (Devoyau, Appellant, and Watson et al. Respondents. Q. B.) 137

" The existence of, precludes all claim for *légitime*. (Quintal et al. v. Girard et ux. S. C.) 163

" made in the form of a *testament solemnel*, but defectively so and therefore valueless as a *testament solemnel*, may be proved and avail as a will in the English form. (Lambert, Appellant, and Gauvreau et ux., Respondents. Q. B.) 206

WITNESSES:—Taxation of, cannot be revised subsequently by the Court. (The Grand Trunk Railway Co. v. Webster. S. C.) 251

WOMAN, *séparée de biens*:—*Vide* PROMISSORY NOTE.

WRIT OF POSSESSION will be allowed, against the widow of a defendant who has died since the adjudication of the land by the Sheriff. (Lewis v. O'Neill, and Holbrook, *Adjudicataire*. S. C.) 15

" *de terris*, issued *generally*, in satisfaction of an hypothecary judgment for an amount less than £10 cy., is illegal; such writ being only allowed *specially* against the land *declared to be hypothecated*. (Gorrie v. Herbert & Herbert, Opposant. S. C.) 173

U. W. O. LAW

PAGE.
the article
or. (Clé-
..... 87
an action
t declared
llant, and
..... 257
y alleged
h proceed-
d'annuller
(Abbott v.
Company,
..... 1
led, under
e Russell,
..... 118
judgment
r, Respon-
..... 131
costs to a
he rate of
ellant, and
..... 191
as to pay-
n the pay-
. C.)..... 83
subsequent
isher et al.
..... 88
possessor
by a party
d Watson
..... 137
. v. Girard
..... 163
d therefore
avail as a
auvreau et
..... 206
urt. (The
..... 251
who has
(Lewis v.
..... 15
gment for
ly allowed
v. Her-
..... 173

execution, provided Her Majesty is pleased to approve the same

Her Majesty, having taken the said Report into consider
ed, by and with the advice of Her Privy Council, to approve th
Rules and Regulations set forth therein, in the words following

I. That, any former usage or practice of Her Majesty's Pr
withstanding, an Appellant who shall succeed in obtaining a re

---

(*) By the Imperial Statute 7 and 8 Victoria, Cap. LXIX,
enacted :—That it shall and may be lawful for the said Judicial C
any General Rule or Regulation, to be binding upon all Courts in
other Foreign Settlements of the Crown, requiring the Judges Not
taken before such Court in any cause appealed, and of the Reasons g
of such Court, or by any of them, for or against the Judgment p
Court; which notes of Evidence and Reasons shall by such court
the Clerk of the Privy Council within one calendar month next afte
such Court to prosecute any appeal to Her Majesty in Council; and
said Committee, shall be binding upon all Judges of such Courts
Foreign Settlements of the Crown.

In virtue of this Statute their Lordships made an order of the 1
directing that the reasons of the Judges of the Court appealed fro
ferred by the Registrar *in original* to the clerk of the Council at the
other proceedings, &c, are transferred.